الكافي في شرح الوافي

للإمام شيخ الإسلام
العلامة أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود
حافظ الدين النسفي
المتوفى سنة ٧١٠ هـ
رحمه الله تعالى

معلمة فقهية أصولية أثرية، تنشر لأول مرة، وهي كالشرح على الهداية للمرغيناني، مع العناية بخلاف الإمامين مالك والشافعي رحمهما الله تعالى ومناقشة مذهبهما

وبحاشيته التعليق المسمى

الشافي الحنفي على كافي النسفي

حققه وعلق عليه
سراج الدين عمر أحمد قباوة

المجلد التاسع

من كتاب الغصب ... إلى كتاب الرهن

دار المنهاج القويم
علم ينتفع به

٩

الكافي في شرح الوافي

بسم الله الرحمن الرحيم

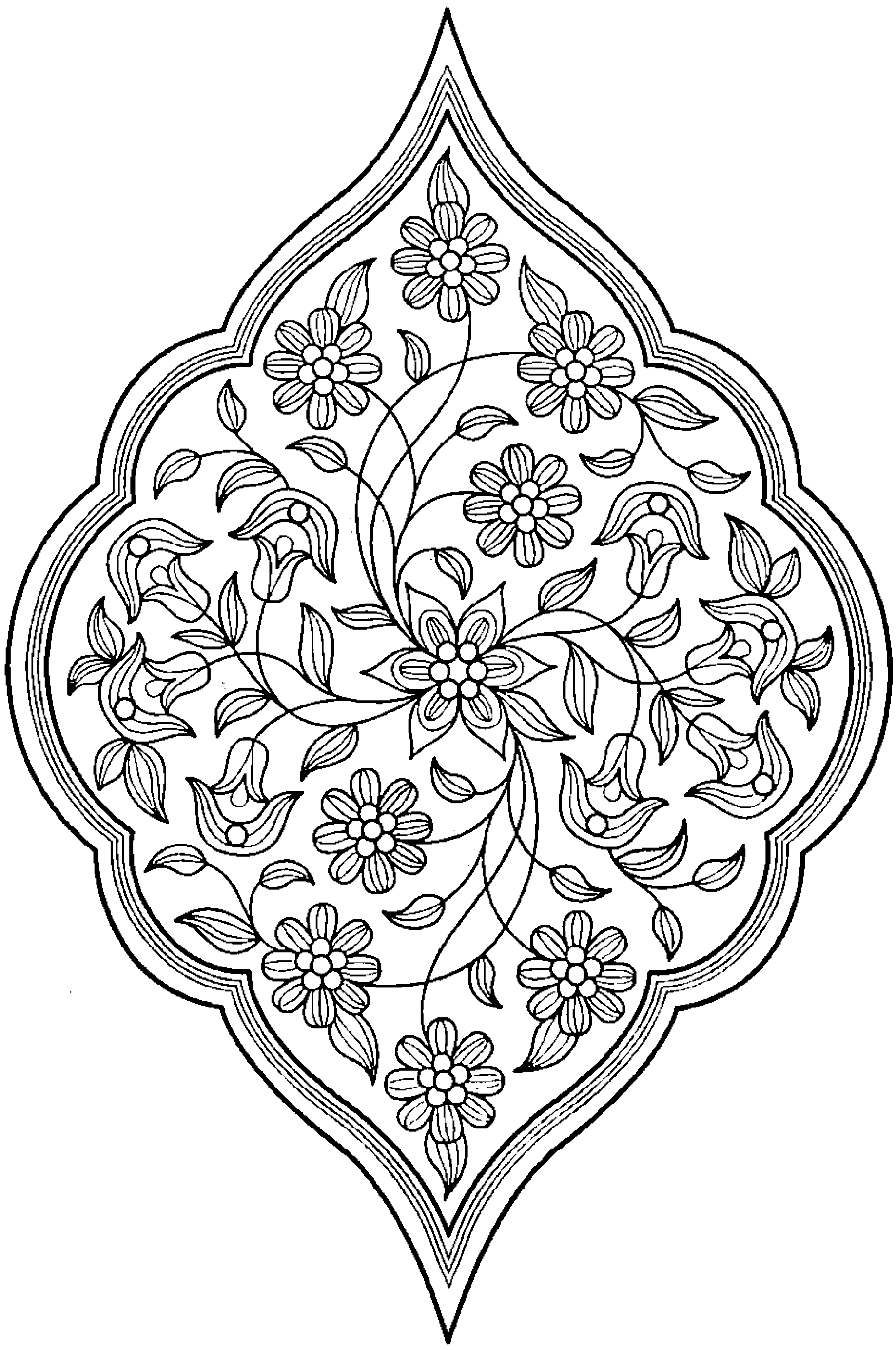
الطَّبعَةُ الأُولى
١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م

دار المنهاج القويم للنشر والتوزيع

الجمهورية العربية السورية
دمشق - حلبوني - جادة ابن سينا - بناء الشلاح
هاتف : 2235402 - فاكس : 2242340 - ص.ب : 31446
جوال : 00963944272501 - العلاقات العامة : 00963947320948
Email : darminhagkawem@hotmail.com
Email : darminhagkawem@gmail.com

ISBN : 978-9933-609-92-4

كِتَابُ الغَصْبِ



كتاب الغصب

كِتابُ الغصبِ(١)

إزالةُ المالِ عن يَد مالِكِه بإثبات يدٍ عليه.

هو في اللُّغة: أخذُ الشَّيءِ ظُلمًا وقهرًا، يُقالُ: غَصَبتُ على الرَّجُل الشَّيءَ، وغَصَبتُه منه، وغَصَبتُه إيّاه، غصبًا، ويُقالُ للمَغصوب: (غصبٌ)؛ تَسميةً بالْمَصدَر.

وفي الشَّريعة: أخذُ مالٍ مُتقوَّمٍ، بغَير إذنِ المالِكِ، على وجهٍ يُزيلُ يدَه إن كان في يَده، أو يَقصُرُ يدَه إن لم يكن في يَده.

فالاستِخدامُ وحَمْلُ الدّابّةِ: غصبٌ، لا الجُلوسُ(ف) على البِساط.

حتى كان استِخدامُ عبدِ الغيرِ، والحملُ على دابّة الغيرِ: غصبًا؛ لأنه بالاستِخدام والحَمْلِ أثبَت يدَ التَّصرُّفِ عليه، وذلك يُوجِبُ قَصْرَ يدِ المالِكِ عنه.

وإن جَلَس على بِساط غيرِه أو فِراشِه: لم يكن غاصِبًا؛ لأنه لم يُوجَد منه النَّقلُ والتَّحويلُ، والبَسْطُ فِعلُ المالِكِ، وقد بَقِي أثَرُ فِعلِه في الاستِعمال، فلم يكن الغاصِبُ مُزيلًا يدَه.

وشرطُه: أن يَكونَ الْمَأخوذُ مالًا مُتقوَّمًا.

وحُكمُه: الْمَأثَمُ والْمَغرَمُ عندَ العِلمِ، وإن كان بدُون العِلمِ، بأن ظَنَّ أن الْمَأخوذَ

(١) الغصب لغة: أخذ الشيء ظلمًا. وشرعًا: الاستيلاء على حق الغير عدوانًا. «التوقيف» ص٢٥٢.

مالُه، أو اشترى عينًا، ثم ظهر استحقاقُه: فالمَغرَمُ؛ لأن الضَّمانَ إنما يَجِبُ جبرًا لحقِّه بتَفويته، وحقُّه مَرعيٌّ، وإن كان الآخِذُ مَعذورًا؛ لجَهله وعدَمِ قصدِه، دونَ المَأثَمِ؛ لأن الإثمَ مَرفوعٌ عن العِباد حالةَ الخطَأ؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «رُفِع عن أُمّتي الخطَأُ والنِّسيانُ»[1]، والمُرادُ المَأثَمُ، وقد قال اللهُ تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

ويَجِبُ ردُّ عَينِه، فإن رَدَّه[2] ولم يَدْرِ: بَرِئَ[ف]، أو مِثلَه إن هَلَك وهو مِثليٌّ، وقِيمتَه مُذْ خُوصِم[س م][3] إن عَجَز، ومُذْ غَصَب لو مما لا مِثلَ[ك].

ويَجِبُ على الغاصِب ردُّ عَينِه على المالِك؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «على اليَد ما أخَذت حتى تَرُدَّ»[4]، وقال عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا يَحِلُّ لأحدٍ أن يَأخُذَ مَتاعَ أخِيه لاعِبًا جادًّا، فإن[5] أخَذه فلْيَرُدَّ[6] عليه»[7].

---

(١) رواه الترمذي (١٣٤١)، والدارقطني (٤٣١١).

(٢) في (س) و(ع) ونسخة على هامش (ف): أطعمه.

(٣) في (س): خاصم.

(٤) رواه الإمام أحمد (٢٠١٣١)، وأبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥١)، وابن ماجه (٢٤٠٠).

(٥) في (هـ): فإذا.

(٦) في (أ) و(ج): فليرده.

(٧) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٦٧: روي من حديث يزيد بن السائب، ومن حديث ابن عمر.

فحديث يزيد: أخرجه أبو داود في كتاب الأدب في باب المزاح (٥٠٠٣)، والترمذي في أول الفتن (٢١٦٠) عن ابن أبي ذئب عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده يزيد بن السائب قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادًّا ولا لاعبًا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه». انتهى، قال الترمذي: حديث حسن غريب، لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب،=

والرِّوايةُ في «الْمَصابِيح»: «لاعِبًا جادًّا»[1]، أي لا يُرِيدُ سَرِقتَه، ولكن يُرِيدُ إدخالَ الغيظِ على أخِيه، فهو لاعِبٌ في مَذهَب السَّرِقةِ، جادٌّ في إدخال الغيظِ على أخِيه، وفي «الْمَبسوط»: «لاعِبًا ولا جادًّا»[2]، ومَعناه ظاهِرٌ.

وقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من وَجَد عَينَ مالِه فهو أحقُّ به»[3]، ومن ضَرورة كونِه

=والسائب بن يزيد له صحبة، سمع من النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو غلام، وقبض عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ والسائب ابن سبع سنين، وأبوه يزيد بن السائب هو من أصحاب النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وروى عنه أحاديث. انتهى، ورواه أحمد (١٧٩٤٠)، وابن أبي شيبة، وإسحاق بن راهويه، وسمى ابن راهويه في «مسنده» ابن أبي ذئب محمد بن عبد الرحمن، وأبو داود الطيالسي (١٣٩٨) في مسانيدهم، والبخاري في كتابه «المفرد» في الأدب (٢٤١)، والحاكم في «المستدرك» في الفضائل (٦٦٨٦) وسكت عنه، قال الحاكم: وابنه السائب بن يزيد أدرك النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وروى عنه، ثم أسند إلى السائب بن يزيد، قال: حج أبي مع النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حجة الوداع وأنا ابن سبع سنين، قال ابن نمير: وفيها مات، وهي سنة إحدى وتسعين. انتهى. ولم يذكر الزيلعي حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما، وذكره الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٠٠ فقال: وفي الباب عن ابن عمر قال: غلبت زيد بن ثابت عيناه ليلة الخندق، فجاء عمارة بن حزم فأخذ سلاحه، فقال له رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ا أبا رقاد! (في «الدراية»: يا بار) قد نمت حتى ذهب سلاحك»، ثم قال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من له علم بسلاح هذا الغلام؟»، فقال عمارة: أنا أخذته، قال: «فرُدّه» ثم نهى صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يروع المؤمن، وأن يؤخذ متاعه لاعبًا أو جادًّا. أخرجه الحاكم (٣/ ٤٧٦) وفي إسناده الواقدي. انتهى.

(١) «مصابيح السنة» (٢١٦٦)، ورواه مصنفه البغوي في «شرح السنة» (٢٥٧٢) مسندًا، ورواه بهذا اللفظ أيضًا: الطيالسي (١٣٩٨)، والطبراني (٦٦٤١)، والبيهقي في «الآداب» (٣٣٠).

(٢) وهو لفظ أبي داود (٥٠٠٣)، والطبراني ٢٢/ ٢٤١، والحاكم (٦٦٨٦).

(٣) رواه الطبراني (٦٨٦٠)، وأبو داود (٣٥٣١) بلفظ: «من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به، ويتبع البيِّعُ من باعه». ورواه البخاري (٢٤٠٢) بلفظ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل -أو إنسان- قد أفلس فهو أحق به من غيره»، ومسلم (١٥٥٩) بلفظ: «إذا أفلس الرجل، فوجد الرجل متاعه بعينه، فهو أحق به».

أحقَّ بالعَين وُجوبُ الرَّدِّ على الآخِذ.

ولأنه فَوّت عليه يدَه بالأَخذ، واليدُ لصاحِب المالِ في ماله مَقصودةٌ، بها يَتوصَّلُ إلى التَّصرُّف والانتِفاعِ وتَحصيلِ ثَمَراتِ الْمِلكِ، فعليه نسخُ فِعلِه؛ دفعًا لضَرَره وأَتَمُّ وُجوهِه ردُّ عَينِه عليه، فهو الْمُوجَبُ الأصليُّ على ما قالُوا، وردُّ القِيمةِ مَخلَصٌ خَلَفًا عنه؛ لأنها قاصِرةٌ، والكَمالُ في ردِّ الصُّورةِ والْمَعنى.

وقِيل: الْمُوجَبُ الأصليُّ القِيمةُ، وردُّ العَينِ مَخلَصٌ، ولهذا لو أبرَأه عن الضَّمان حالَ قِيامِ العَينِ يَصِحُّ، حتى لو هَلَكت بعدَه لا يَجِبُ الضَّمانُ عليه، ولولا أن الْمُوجَبَ الأصليَّ القِيمةُ لَمَا صَحَّ الإبراءُ؛ لأن الإبراءَ عن العَين لا يَصِحُّ، ولو كَفَل بالْمَغصوب يَصِحُّ، ولو لم يكن الضَّمانُ واجِبًا لكان كَفالةً بالعَين.

والواجِبُ الرَّدُّ في الْمَكان الذي غَصَبه؛ لأن قِيَمَ الأشياءِ تَختلِفُ باختِلاف الأماكِنِ.

فإن غَصَب طَعامًا، فأطعَمه المالِكَ من غير أن يُعلِمَه: بَرِئ عن الضَّمان عندَنا؛ لوُصول عَينِ مالِه إلى يَده.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَبرأُ؛ لأنه ليس بأداءِ مَأمورٍ به؛ لأنه غُرورٌ؛ إذ الإنسانُ يَرغَبُ في أكل مالِ الغيرِ ما لا يَرغَبُ في أكل مالِ نفسِه، ولو عَلِم بأنه مِلكُه لَمَا أكَله.

قُلنا: هذه العادةُ مُخالِفةٌ للدِّيانة الصَّحيحةِ، فكانت لغوًا، والغُرورُ إنما وَقَع لجَهله، وكَفى به عارًا، فكيف يَصلُحُ عُذرًا في تَبديل إقامةِ الفرضِ.

فإن عَجَز عن ردِّ عَينِه بهَلاكه في يَده بفِعله أو بغَير فِعلِه: فعليه مِثلُه إن كان مِثليًّا، كالْمَكيل والْمَوزونِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وتَسميةُ الفِعلِ الثّاني اعتِداءً بطَريق الْمُقابَلةِ، كقَوله تَعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٠]، والْمُجازاةُ لا تكونُ سيِّئةً.

ولأن الواجِبَ ضَمانُ الجبرِ، والجبرُ إنما يَتحقَّقُ بإيجاب الْمِثلِ؛ لأن حقَّ الْمُستحِقِّ مُراعًى في الصُّورة والْمَعنى، وفيه اعتِبارُهما، فكان أعدَلَ من القِيمة التي فيها مُراعاةُ الْمَعنى، وهو الماليّةُ فحسبُ.

فإن لم يَقدِر على مِثله بالانقِطاع عن أيدِي النّاسِ: فعليه قِيمتُه يومَ الخُصومةِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يومَ الغصبِ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يومَ الانقِطاعِ؛ لأن الغصبَ أوجَب الْمِثلَ خَلَفًا عن ردِّ العَينِ، وإنما يُصارُ إلى القِيمة للعَجز عن أَداء الْمِثلِ، وذلك بالانقِطاع من[1] أيدِي النّاسِ، فتُعتبَرُ قِيمتُه يومَ الانقِطاعِ.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الْمِثلَ لَمّا انقَطَع التَحَق بما لا مِثلَ له في وُجوب اعتِبارِ القِيمةِ، والخَلَفُ إنما يَجِبُ بالسَّبَب الذي يَجِبُ به الأصلُ، وهو الغصبُ، فتُعتبَرُ[2] قِيمتُه يومَ الغصبِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الْمِثلَ نَوعان: كامِلٌ، وهو الْمِثلُ صُورةً ومَعنًى، وهو الأصلُ في ضَمان العُدوانِ، حتى صار بمَنزِلة الأصلِ، وقاصِرٌ، وهو الْمِثلُ مَعنًى، وهو القِيمةُ، والقاصِرُ لا يَكونُ مَشروعًا مع احتِمالِ الأصلِ؛ لأنه خَلَفٌ عن الْمِثل الكامِلِ.

ولا يَنقطِعُ الاحتِمالُ بالانقِطاع، ولكن بالخُصومة والقَضاءِ، ولهذا لو صَبَر إلى مَجيء أوانِه كان له أن يُطالِبَه بالْمِثل، فتُعتبَرُ قِيمتُه يومَ الخُصومةِ والقَضاءِ.

بخِلاف ما إذا كان الْمَغصوبُ مما لا مِثلَ له؛ لأنه غيرُ مُطالَبٍ بأَداء الْمِثلِ، بل هو مُطالَبٌ بأَداء القِيمةِ بأَصل السَّبَبِ، فتُعتبَرُ قِيمتُه عندَ ذلك.

---

(١) في سوى (أ) و(ب): عن.

(٢) في (هـ): فتصير.

وإن كان الْمَغصوبُ مما لا مِثلَ له، كالعَدَديّات الْمُتفاوِتةِ والدَّوابِّ: فعليه قِيمتُه يومَ غصبِه، وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ مِثلَه صُورةً من جِنس ذلك؛ لِما تَلَونا(١).

ولنا: ما رُوِي عن شُرَيحٍ: من كَسَر عصًا فهي له، وعليه قِيمتُها(٢). وهو الْمُرادُ بالْمِثل الْمَذكورِ في النَّصّ(٣).

ولأن قِيمةَ الشَّيءِ مَعنى ذلك الشَّيءِ، والْمَعنى هو الأصلُ، والصُّورةُ تابِعةٌ، فإذا تَعذَّر اعتِبارُ الصُّورةِ للتَّفاوُت فيها(٤) اعتبَرنا الْمَعنى؛ دفعًا للضَّرَر بالقَدْر الْمُمكِنِ.

والعدَديُّ الْمُتقارِبُ(٥)، كالجَوز، والبَيضِ، والفَلْسِ: كالْمَكيل، حتى يَجِبُ الْمِثلُ عندَنا؛ لأن آحادَها لا تَتفاوَتُ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عليه القِيمةُ؛ لأنها ليست بأمثالٍ مُتساوِيةٍ، ولهذا لا يَجري الرِّبا فيها.

وفي البُرِّ الْمَخلوطِ بالشَّعير: القِيمةُ؛ لأنه لا مِثلَ له.

---

(١) أي لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

(٢) رواه الإمام محمد في «الأصل» ١٢/ ١١٩ عن أبي يوسف عن الأشعث بن سوار عن محمد بن سيرين عن شريح.

وروى عبد الرزاق (١٤٩٧٨) عن ابن سيرين قال: اختُصم إلى شريح في رجل ساوم بقوس على أن ينزع، فنزع بها فانكسرت، فقال شريح: من كسر عودًا فهو له، وعليه مثله، قال: إن صاحبها قد أذن، فقال شريح: إلا أن يأذن.

وروى ابن أبي شيبة (٣٦٢٨٣) عن ابن سيرين عن شريح قال: من كسر عودًا فهو له وعليه مثله. وذكر أن أبا حنيفة قال بخلافه، وقال: عليه قيمتها.

(٣) أي في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

(٤) في (ب): فيهما.

(٥) في (هـ): المتفاوت.

فإن ادَّعى هَلاكَه: حُبِس حتى يَعلَمَ أنه لو بَقِي لأظهَر.

فإن ادَّعى هَلاكَه: حَبَسه الحاكِمُ حتى يَعلَمَ أنه لو كان باقِيًا لأظهَره، ثم قَضى عليه ببَدَله؛ لأن الحقَّ مُتعلِّقٌ بالعَين، وللنّاس أغراضٌ في الأَعيان، فلا يُقبَلُ قولُه في الهَلاك حتى يَحصُلَ له غَلَبَةُ الظَّنِّ بمُضِيِّ مُدّةٍ أو بإِقامة بَيِّنةٍ، وهذا كما إذا ادَّعى الإفلاسَ وعليه ثَمَنُ مَتاعٍ، فإنه يُحبَسُ إلى أن يُعلَمَ ما يَدَّعيه من الإفلاس.

ومُدّةُ التَّلوُّمِ مَوكولٌ إلى رَأي القاضِي؛ لأن نَصْبَ الْمَقاديرِ بالرَّأي لا يَكونُ، وإذا عُلِم الهَلاكُ سَقَط عنه ردُّه، فيَلزَمُه ردُّ بدَلِه، وهو القِيمةُ.

وهذه الْمَسألةُ تَدُلُّ على أن الْمُوجَبَ الأصليَّ ردُّ العَينِ.

ولو بَرْهَن أنه مات عندَ غاصِبِه، وقَلَب[1]: فالقلبُ أَحَقُّ[س].

ولو بَرْهَن المالِكُ أنه مات عندَ الغاصِبِ، وقَلَب الغاصِبُ: فبَيِّنةُ الغاصِبِ أحقُّ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن وُجوبَ الضَّمانِ بالغَصب ثابِتٌ ظاهِرًا، وإثباتُ الرَّدِّ عارِضٌ، والبَيِّنةُ لمن يَدَّعي خِلافَ الظّاهِرِ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: بَيِّنةُ المالِكِ أحقُّ؛ لأن حاصِلَ اختِلافِهما في الضَّمان وفي بَيِّنته إثباتُه، والغصبُ فيما يُنقَلُ ويُحوَّلُ؛ لأنه إزالةُ المالِ عن يَد المالِكِ بإثبات اليدِ عليه، فلا يُمكِنُ تَحقيقُه إلا فيما يُنقَلُ، لا في العَقار الذي لا يُستطاعُ نقلُه وتَحويلُه.

والغصبُ فيما يُنقَلُ[م]، ولا يَضمَنُ[و م ز ف] في العَقار، وإن باعَه، وأدخَله مُشترِيه في بِنائه.

---

(١) القلب: تعليق نقيض حكم المستدل على علته بعينها. «لغة الفقهاء» ص٣٦٨.

القلب عند أهل الأصول: دعوى المعترض أن ما استدل به المستدل في المسألة المتنازع فيها على ذلك الوجه عليه لا له إذا صح. «التوقيف» ص٢٧٥.

فلو غَصَب عقارًا وهَلَك في يَده، بأن غَلَب السَّيلُ[1] على الأَرض فبقِيت تحتَ الماءِ، أو غَصَب دارًا فانهَدَمت[2] بآفةٍ سَماويّةٍ، أو جاء سَيلٌ[3] فذَهَب بالبِناء: لم يَضمَن عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال محمدٌ وزفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمُٱللَّهُ -وهو قولُ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ أَوَّلًا-: يَضمَنُ؛ لأنه أثبَت يدَه عليه على وجهٍ تَضمَّن تَفويتَ يدِ المالِكِ، فيَنعقِدُ سببًا للضَّمان، كما في الْمَنقول؛ وهذا لأن الْمُعتبَرَ يدٌ مُتصرِّفةٌ، وقد تَحقَّقت منه إذا سَكَنها بأَهله وأمتِعتِه، أو زَرَعها لنَفسه.

وإذا تَحقَّقت يدُه انقطَع يدُ المالِكِ عنها ضَرورةً؛ لأن اجتِماعَ اليَدَين على الكَمال لا يُتصوَّرُ في محَلٍّ واحِدٍ في حالةٍ واحِدةٍ، وإذا انتَفَت يدُ المالِكِ وثَبَتت يدُه: ثَبَت الوَصفان، فيَجِبُ الضَّمانُ، ولهذا يُضمَنُ العَقارُ بالجُحود في الوَديعة.

ولنا: أن الغصبَ لا يُتصوَّرُ في العَقار، فلا يَجِبُ ضَمانُ الغصبِ؛ وهذا لأن الغصبَ إزالةُ اليدِ الْمُحِقّةِ وإثباتُ اليدِ الْمُبطِلةِ؛ لأن الواجِبَ ضَمانُ جبرٍ، فيَعتمِدُ التَّفويتَ، وإزالةُ المحَلِّ عن يَد المالِكِ إنما تكونُ بالنَّقل والتَّحويلِ، كما في الْمَنقول، وذلك لا يُتصوَّرُ في العَقار، وإنما يُتصوَّرُ منعُ المالِكِ عنه، ومنعُ المالِكِ تَصرُّفٌ في المالِكِ[4] لا في المحَلّ، فلا يَجِبُ ضَمانُ المحَلِّ، كما لو بَعُد[5] المالِكُ عن الْمَواشِي حتى تَلِفت مَواشِيه.

---

(١) في (ب): السبيل.

(٢) في (أ) و(هـ): فهدمت.

(٣) في (ب): السبيل.

(٤) في (ب): الملك.

(٥) في (ب): تعدى.

والأصحُّ: أن جُحودَ الوَديعةِ بمَنزِلة الغصبِ، فلا يَكونُ مُوجِبًا للضَّمان في العَقار عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، ولئن سُلِّم فالضَّمانُ ثَمَّ بترك الحِفظِ الْمُلتزَمِ، وبالجُحود تارِكٌ لذلك.

وعلى هذا: إذا باع دارًا لرَجُلٍ، وأدخَلها الْمُشتَري في بِنائه: لم يَضمَن البائعُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ، وهو قولُ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ آخِرًا، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَضمَنُ قِيمتَها.

ومَعنى الْمَسألةِ: إذا باعها ثم اعترَف بالغَصب، وكَذَّبه الْمُشتَري، كذا ذَكَره فخرُ الإسلامِ في «الجامِع الصَّغيرِ».

وذَكَر شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ في «الْمَبسوط»: فإن كان غاصِبُ الدّارِ باعها وسَلَّمها، ثم أقَرَّ بذلك، وليس لربِّ الدّارِ[1] بَيِّنةٌ: فإقرارُه في حقِّ الْمُشتَري باطِلٌ؛ لأن الْمُشتَريَ صار مالِكًا بالشِّراء من حيث الظّاهرُ، فلا يُقبَلُ قولُ البائِعِ بعدَ ذلك في إبطاله.

ثم لا ضَمانَ على الغاصِب للمالِك في قَول أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ وأبي يوسف الآخِرِ؛ لأنه مُقِرٌّ على نَفسه بالغَصب؛ فإن البيعَ والتَّسليمَ غصبٌ، والغصبُ الْمُوجِبُ للضَّمان عندَهما لا يتَحقَّقُ في العَقار.

وذَكَر محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ في كِتاب الرُّجوعِ عن الشَّهادات: أنهم إذا شَهِدوا بدارٍ لإنسانٍ، وقَضى القاضِي، ثم رَجَعوا: ضَمِنوا قِيمتَها للمَشهود عليه.

فقِيل: ذلك قولُ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأن تَسليطَهم[2] الغيرَ على الدّار بالشَّهادة كتَسليط الغاصِبِ الغيرَ على الدّار بالبَيع والتَّسليمِ إليه، وقِيل: بل هو قولُهم[3].

---

(١) في (ب) و(د): المال.

(٢) في (د): تسليط.

(٣) في (ب) زيادة: حصل بشهادتهم.

والفرقُ بينَ الفَصلَين لهما: أن الضَّمانَ الواجِبَ بالشَّهادة ضَمانُ إتلافٍ؛ فإنَّ إتلافَ الْمِلكِ على الْمَشهود عليه قد حَصَل بشَهادتهم، حتى لو أَقام البَيِّنَةَ على الْمِلك لنَفسه لا تُقبَلُ بَيِّنتُه، والعَقارُ يُضمَنُ بالإِتلاف.

وهنا إتلافُ الْمِلكِ لم يَحصُل بالبَيع والتَّسليم، بل بعَجز المالِكِ عن إِثبات مِلكِه بالبَيِّنة؛ ألا تَرى أنه لو أَقام البَيِّنةَ على أنها مِلكُه قُضِي له بها، فلهذا لا يَكونُ الغاصِبُ ضامِنًا.

وما نَقَص بسُكناه وزِراعتِه: ضَمِن النُّقصانَ، كالنَّقليّ، بخِلاف تَراجُعِ السِّعرِ.

وما نَقَص بفِعله وسُكناه ضَمِنه عندَهم، وذلك بأن هَدَم شيئًا، أو انهدَم بسُكناه؛ لأنه مُتلِفٌ لِما انهدَم بفِعله، والعَقارُ يُضمَنُ بالإِتلاف؛ لأن الإتلافَ يَتحقَّقُ فيه، كما إذا نَقَل تُرابَه؛ لأنه فِعلٌ في العَين، وجاز أن لا يَضمَنَ بالغَصب ويَضمَنَ بالإِتلاف، كالحُرّ.

وإن انتَقَص بالزِّراعة يَغرَمُ النُّقصانَ؛ لأنه أتلَف البعضَ، والعَقارُ يُضمَنُ بالإِتلاف، فيَأخُذُ الغاصِبُ رأسَ مالِه -أي البَذرَ- وما أنفَق وما غَرِم من النُّقصان، وتَصدَّق بالفَضل.

وهذا عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يَتصدَّقُ.

وصُورتُه: إذا غَصَب أرضًا وزَرَع فيها كُرَّ بُرٍّ، فأخرَجت أربعَةَ أكرارٍ، ونقصَتْها الزِّراعةُ ما يَبلُغُ قِيمةَ كُرٍّ، ولَحِقه من الْمُؤَن ما يَبلُغُ كرًّا[1]، فأخَذ منه ضَمانَ النُّقصانِ: فإنه يَتصدَّقُ بكُرٍّ؛ لأنه زَرَع كُرًّا، ولَحِقَتْه مُؤنةُ كُرٍّ، وضَمِن قَدْرَ قِيمةِ كُرٍّ، ففَضَل الخارِجُ عن رَأس مالِه بكُرٍّ، فيَتصدَّقُ به؛ لأنه رِبحُ ما لا يَملِكُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يَتصدَّقُ به؛ لأن الْمَنهيَّ عنه رِبحُ ما لم يَضمَن[2]، وهو

(١) في سوى (ج) و(هـ): كذا.

(٢) روى أبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٤٦٢٩)، وابن ماجه (٢١٨٩) =

قد ضَمِن.

وإذا هَلَك الغصبُ -أي الْمغصوبُ- الْمَنقولُ في يَد الغاصِبِ بفِعله أو بغَير فِعلِه: ضَمِنه؛ لِما مَرَّ أن الغصبَ فيما يُنقَلُ؛ وهذا لأن العَينَ دَخلت في ضَمانه بالغَصب؛ لأنه السَّببُ للضَّمان.

وعندَ العجزِ عن ردِّه تَجِبُ القِيمةُ على قَول من جَعَل الْمُوجَبَ الأصليَّ ردَّ العَينِ، أو تتقرَّرُ[1] القِيمةُ بذلك السَّببِ[2] على قَول من جَعَل الْمُوجَبَ الأصليَّ القِيمةَ، ولهذا تُعتبَرُ قِيمتُه يومَ الغصبِ.

وإن نَقَص في يَده ضَمِن النُّقصانَ؛ لأنه دَخَل في ضَمانه بالغَصب بجَميع أجزائِه، فما[3] تَعذَّر ردُّ عَينِه يَجِبُ ردُّ قِيمتِه، ولا يَضمَنُ ما نَقَص من السِّعر؛ لأن الذّاتَ لم يَتغيَّر عما كان عليه، وتَغيُّرُ السِّعرِ يَرجِعُ إلى رَغَبات النّاسِ دونَ فوتِ الجُزءِ.

بخِلاف الْمَبيعِ؛ فإن الْمَبيعةَ إذا اعوَرَّت في يَد البائِعِ لا يَجِبُ شيءٌ في مُقابَلته، ولكن يَتخيَّرُ الْمُشتَري بينَ أن يَأخُذَها بكلِّ الثَّمَنِ أو يترُكَها؛ لأنه ضَمانُ عقدٍ، والعقدُ يَرِدُ على الأَعيان لا على الأَوصاف، أما ضَمانُ الغصبِ: فمُتعلِّقٌ بالفِعل، والفِعلُ حَلَّ الذّاتَ بجَميع الأجزاءِ والأوصافِ، فكانت مَضمونةً.

وهذا في غَير الرِّبَويِّ، أما في الرِّبَويِّ، نحوَ أن يَغصِبَه حِنطةً فعَفِنت عندَه، أو إناءَ فِضّةٍ فتَهشَّم في يَده: فصاحِبُه بالخِيار، إن شاء أَخَذ ذلك بعَينه، ولا شيءَ له غيرُه، وإن

=واللفظ للأول: عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك».

(١) في (ب) و(د): تتقيد.

(٢) في (د): الكسب.

(٣) في (ج): فلما.

شاء تَركه وضَمَّنه مِثلَه؛ تَفادِيًا عن الرِّبا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له أن يُضمِّنَه النُّقصانَ.

وتَصدَّق(س) بالغَلّة إن استَغلَّ ونَقَص، كما لو تَصرَّف في الْمَغصوب والوَديعةِ(س) ورَبِح.

وإن غَصَب عبدًا، فاستَغلَّه -أي آجَره وأخَذ غَلّتَه-، فنقصَتْه الغَلّةُ: ضَمِن النُّقصانَ؛ لِما مَرّ، وتَصدَّق بالغَلّة عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَتصدَّقُ.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا آجَر الْمُستعيرُ الْمُستعارَ.

وأصلُه: أن الغَلّةَ للغاصِب عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الْمَنافِعَ لا تُتقوَّمُ إلا بالعَقد، والعاقِدُ هو الغاصِبُ، فهو الذي جَعلَ مَنافِعَ العبدِ بعَقده مالًا، فكان هو أَولى ببَدَلها.

ويُؤمَرُ أن يَتصدَّقَ بها؛ لأنها مُستفادةٌ له بسبَبٍ خَبيثٍ، وهو التَّصرُّفُ في مال الغيرِ، والحُكمُ يَثبُتُ مُضافًا إلى سَببه، فلا بُدَّ من ثُبوت الخُبثِ فيها بحُكم ذلك السَّببِ، وسَبيلُ مِثلِها التَّصدُّقُ.

نعم! الْمِلكُ يَثبُتُ فيها بالاستِناد، لكن الاسِتنادُ ثابِتٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ، ولهذا يَظهَرُ في القائِم لا في الفائِت، فلا يَزولُ به الخُبثُ.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن هذا رِبحٌ حَصَل في ضَمانه ومِلكِه، فيَطيبُ له، كالْمَبيع إذا اكتَسَب بعدَ القبضِ.

أما الضَّمانُ: فلأن الْمَغصوبَ دَخَل في ضَمان الغاصِبِ.

وأما الْمِلكُ: فلأنه يَملِكُه من وَقت التَّعدِّي إذا ضَمِن بطَريق الاستِنادِ.

فإن مات العبدُ في يَد الغاصِبِ وضَمِن قِيمتَه: له أن يَستغنيَ[1] بتلك[2] الغَلّةِ في ضمان القِيمةِ؛ لأنها مِلكُه، والخُبثَ لحقِّ المالِكِ، والتَّصدُّقُ بها لم يكن حتمًا عليه، ولهذا لو سَلَّم الغَلّةَ إلى المالِك مع العبدِ كان للمالِك أن يَتناوَلَها وإن كان غنِيًّا.

وإن كان الغاصِبُ باع الْمَغصوبَ وأخَذ ثَمَنَه، فاستَهلَكه، ومات العبدُ عندَ الْمُشتَري، فضَمَّن المالِكُ الْمُشتريَ قِيمتَه: رَجَع الْمُشتَري على الغاصِب بالثَّمَن؛ لبُطلان البيعِ باستِرداد القِيمةِ منه.

ثم لا يَستَغني[3] الغاصِبُ بالغَلّة في أَداء الثَّمَنِ؛ لأن الخُبثَ في الغَلّة ما كان لحقِّ الْمُشتَري، فلا يَزولُ بالوُصول إلى يَده، بخِلاف الأوَّلِ؛ فإن الخُبثَ لحقِّ المالِكِ، فيَزولُ بوُصول الغَلّةِ إلى يَده.

إلا أن لا يَكونَ[4] عندَ الغاصِبِ ما يُؤدِّي به الثَّمَنَ، فلا بأسَ بأن يُؤدِّيَ من الغَلّة حينَئذٍ؛ لأنه مُحتاجٌ إلى تَفريغ ذِمّتِه وتَخليصِ نفسِه عن الحَبس.

وله أن يَصرِفَه إلى حاجة نفسِه؛ لأن حاجتَه مُقدَّمةٌ على حقِّ الفُقَراءِ، فلو أَصاب بعدَ ذلك مالًا تَصدَّق بمِثله إن كان غنِيًّا وقتَ الاستِعمالِ، وإن كان فَقيرًا فلا شيءَ عليه.

ومن غَصَب ألفًا، فاشتَرى به أمةً، فباعها بألفَين، ثم اشتَرى بالألفَين أمةً، فباعها بثَلاثة آلافٍ: فإنه يَتصدَّقُ بكلِّ الرِّبحِ، وهو ألفان، وهذا عندَهما.

واصلُه: أن الْمُودَعَ أو الغاصِبَ إذا تَصرَّف في الوَديعة أو الْمَغصوبِ ورَبِح: تَصدَّق

---

(١) في (ب) و(د): يستعير، وفي (هـ): يستعين.

(٢) في (ب) و(د): بذلك.

(٣) في (ب) و(د): يستعير، وفي (ج) و(هـ): يستعين.

(٤) في (ج) و(هـ): إلا أن يكون.

به عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يَتصدَّقُ به، وقد قَرَّرنا الدَّلائلَ آنِفًا.

وجَوابُهما في الوَديعة أوضَحُ؛ لأن الْمِلكَ لا يَستنِدُ[1] إلى ما قبلَ التَّصرُّفِ؛ لعَدَم سببِ الضَّمانِ، فلم يُلاقِ التَّصرُّفُ مِلكَه.

وهذا واضِحٌ فيما يَتعيَّنُ بالإشارة إليه[2]، كالعَرْض ونحوِه؛ لأن العقدَ يَتعلَّقُ به، حتى لو هَلَك قبلَ القبضِ يَبطُلُ البيعُ، فيَستفيدُ الرَّقَبةَ واليدَ في الْمَبيع بمِلكٍ خَبيثٍ، فيَتصدَّقُ به.

أما فيما لا يَتعيَّن، كالدَّراهِم والدَّنانيرِ: فقد ذَكَر في «الجامِعِ الصَّغيرِ»: (إذا اشتَرى بها فإنه يَتصدَّقُ بالرِّبح)، فظاهِرُ[3] هذه العِبارةِ يَدُلُّ على أنه أَراد به: إذا أَشار إليها ونَقَد منها.

وكان الكَرْخيُّ رَحِمَهُٱللَّهُ يَقولُ: إنه[4] على أربَعة أوجُهٍ:

إما أن أَشار إليها ونَقَد منها.

أو أَشار إليها ونَقَد من غَيرها.

أو أطلَق إطلاقًا ونَقَد منها.

أو أَشار إلى غَيرها ونَقَد منها.

وفي كلِّ ذلك يَطيبُ له، إلا أن يُشيرَ إليها ويَنقُدَ منها؛ لأن الإشارةَ إليها لا تُفيدُ

---

(١) في (د): لأن الملك استند.

(٢) في (د): لأنه.

(٣) في (أ) و(هـ): وظاهر.

(٤) في (ج): إنها.

التَّعيينَ، فيَستَوي وُجودُها وعدَمُها، إلا أن يَتأكَّدَ بالنَّقد منها.

قال مَشايخُنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: لا يَطيبُ[1] بكلِّ حالٍ أن يتناوَلَ من المُشترَى قبلَ أن يَضمَنَ، وبعدَ الضَّمانِ لا يَطيبُ الرِّبحُ بكلِّ حالٍ، وهو المُختارُ؛ لإطلاق الجَوابِ في الجامِعَين والمُضارَبةِ.

وحاصِلُه: أنه متى استَفاد بالحَرام مِلكًا من طَريق الحَقيقةِ أو الشُّبهةِ ثَبت الخُبثُ، ولا يَثبُتُ في الدَّراهِم إلا الشُّبهةُ؛ لأنه إذا أَشار لم يَتعيَّن إلا في حُكم جَوازِ العقدِ؛ لِمَعرِفة النَّقدِ والقَدْرِ، وإذا نَقَد استَفاد به سَلامةَ المُشترَى، وإذا أَشار ولم يَنقُد استَفاد بالإشارة جَوازَ العقدِ لِمَعرِفة النَّقدِ والمِقدارِ، وإذا نَقَد ولم يُشِر استَفاد بها سَلامةَ المُشترَى، فأما أن يَصيرَ عَينُها[2] عِوَضًا[3]: فلا.

فثَبَت[4] أنه لا يَثبُتُ إلا الشُّبهةُ[5]، وقد استَوت الوُجوهُ في الشُّبهة، فاستَوت في الخُبث.

وإن اشتَرى بالألف أمةً تُساوِي ألفَين، فوَهَبها، أو طَعامًا فأكَله: لم يَتصدَّق بشيءٍ عندَهم؛ لأن الرِّبحَ لا يَتبيَّنُ إلا عندَ اتِّحادِ الجِنسِ؛ لأن الرِّبحَ فضلٌ، والفضلُ إنما يَكونُ بعدَ المُساواةِ، والمُساواةُ إنما تَتحقَّقُ عندَ التَّجانُسِ، ولا تَجانُسَ، فلا تَساويَ، فلا فضلَ.

---

(١) في (ب) و(د): لا يطيب الربح.

(٢) في (ب) و(د): عنها.

(٣) في (د): عرضًا.

(٤) في (د) و(هـ): فلا يثبت.

(٥) في (هـ): بالشبهة.

ولأن الخُبثَ يَعمَلُ في التَّصدُّق لا في التَّضمين؛ إذ الإنسانُ لا يَضمَنُ بإِتلاف مِلكِ نفسِه، ولا يُمكِنُ التَّصدُّقُ هنا إلا بواسِطة التَّضمينِ، ولا سَبيلَ إلى التَّضمين، فسَقَط أصلًا.

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

ومَلَكَ(ف) بلا حِلِّ انتِفاعٍ(ز) قبلَ أداءِ ضَمانٍ بشَيٍّ(ف)، وطبخٍ(ف)، وطحنٍ(ف)، وزرعٍ(ف)، واتِّخاذِ(ف) إناءٍ لغَير الحَجَرين(س م)(١)، وبناءٍ على(ف) ساجةٍ.

وإذا تغيَّرت العَينُ الْمَغصوبةُ بفِعل الغاصِبِ حتى زال اسمُها وعُظمُ مَنافِعِها: زال مِلكُ الْمَغصوبِ منه عنها، ومَلَكها الغاصِبُ، وضَمِنها.

ولا يَحِلُّ له الانتِفاعُ بها حتى يُؤدِّيَ ضَمانَها، كمن غَصَب شاةً فذَبَحها وشَواها، أو طَبَخها، أو حِنطةً فطَحَنها أو زَرَعها، أو نَواةً فغَرَسها، أو حَديدًا فاتَّخذه سيفًا، أو صُفرًا فعَمِله آنيةً، وهذا كلُّه عندَنا.

وقال(٢) الشّافعيُّ: لا يَنقطِعُ حقُّ المالِكِ، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ، غيرَ أنه إذا اختَار أخذَ الدَّقيقِ لا يُضمِّنُه النُّقصانَ عندَه؛ لأنه يُفضي إلى الرِّبا، وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُضمِّنُه، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يَزولُ مِلكُه عنه، لكنه يُباعُ فيُشترى له به حِنطةٌ مِثلُ حِنطتِه.

فإن مات الغاصِبُ فالْمَغصوبُ منه أحقُّ به من سائِر الغُرَماءِ؛ لأنه زال مِلكُه ويدُه بسبَبٍ لم يَرضَ به، ولو زال مِلكُه بسبَبٍ هو راضٍ به، كالبَيع: لا يَنقطِعُ إذا أُزيلت يدُه بغَير رِضاه، بأن قَبَض الْمُشتَري الْمَبيعَ بغَير إذنِ البائِعِ، فهنا أَولى أن لا يَنقطِعَ حقُّه.

(١) أي الذهب والفضة.

(٢) في (هـ): وعند.

للشّافعيّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن العَينَ باقِيةٌ، فتَبقى على مِلكه، ويَتبَعُه صَنعتُه(١)؛ لأن المالِكَ صاحِبُ أصلٍ، والغاصِبَ صاحِبُ صِفةٍ، والصِّفةُ(٢) قائِمةٌ بالأَصل تابِعةٌ للمَوصوف، فيَترَجَّحُ صاحِبُ الأصلِ على صاحِب التَّبَعِ.

وهذا لأن الدَّقيقَ حِنطةٌ فُرِّقت أجزاؤُها، وتَفريقُ الأجزاءِ لا يُوجِبُ انقِطاعَ حقِّ المالِكِ، كالقَطع في الثَّوب، والذَّبحِ والسَّلخِ والتَّأريبِ في الشّاة.

ولأن فِعلَه عُدوانٌ، فلا يَصلُحُ سببًا للمِلك، فلَغا فِعلُه والتَحَق بالعَدَم، وصار كأن الحِنطةَ وَقَعت في الطّاحُونة وصارت دَقيقًا، فإنها تكونُ للمالِك.

ولنا: أنه استَهلَك الحِنطةَ وحَصَّل عَينًا آخرَ يُسمّى دَقيقًا، فيَكونُ الْمُستهلَكُ مَضمونًا عليه بمِثله، والْمُحصَّلُ له؛ لأنه كسبُه، والكاسِبُ أحقُّ بكَسبه وإن كان في محَلٍّ مَملوكٍ للغَير؛ لأن الحُكمَ يُضافُ إلى العِلّة لا إلى المحَلّ.

وهذا لأنه تَبدَّل الاسمُ والهَيئةُ والْمَقصودُ، وكلُّ مَوجودٍ من الحَوادِث يُعرَفُ بصُورته ومَعناه، فتَبدُّلُ الهَيئةِ والاسمِ دَليلٌ على الْمُغايَرة صُورةً، وتَبدُّلُ الْمَقصودِ دَليلٌ على الْمُغايَرة مَعنًى، وإذا ثَبَتت الْمُغايَرةُ بينَهما وقد ثَبتَ الثّانِي.. فيَكونُ الأَوَّلُ مُستهلَكًا؛ ضَرورةَ أن الشَّيءَ الواحِدَ يَستحيلُ أن يَكونَ شَيئَين.

وإذا هَلَك الأوَّلُ بِفعله صار ضامِنًا مِثلَه، والدَّقيقُ حادِثٌ بفِعله، فيَكونُ مِلكًا له، والصَّنعةُ قائِمةٌ بذاتها من كلِّ وجهٍ، والعَينُ هالِكةٌ من وجهٍ، فصارت الصَّنعةُ راجِحةً في الوُجود، وتَرجيحُه يَرجِعُ إلى الحال، والرُّجحانُ في الذّات أحقُّ من الحال؛ لأنها تابِعةٌ للذّات، وفِعلُه إنما صار مَحظورًا من حيث تَفويتُ يدِ المالِكِ عن المحَلّ، لا من حيث

---

(١) في (ج): صفته.

(٢) في (هـ): صاحب صنعة والصنعة.

إحداثُ الصَّنعةِ، ومن حيث إنه مَحظورٌ لا يُوجِبُ الْمِلكَ.

والذَّبحُ لا يُفوِّتُ اسمَ العَينِ، يُقالُ: (شاةٌ مَذبوحةٌ) و(شاةٌ حيّةٌ)، والسَّلخُ والتَّأريبُ لا يُفوِّتُ ما هو الْمَقصودُ بالذَّبحِ، بل يُحقِّقُ ذلك الْمَقصودَ، فلا يَكونُ ذلك تَبديلَ العَينِ، فبَقِيت مَملوكةً لصاحِبها.

وهذا الوجهُ شامِلٌ للفُصول الْمَذكورةِ، ويَتفرَّعُ عليه غيرُها.

ثم **القِياسُ** -وهو قولُ زفرَ والحسَنِ، ورِوايةٌ عن أبي حنيفة، رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ-: للغاصِب أن يَأكُلَ هذا الدَّقيقَ ويَنتفِعَ به قبلَ أن يُؤدِّيَ الضَّمانَ؛ لأنه مِلكُه حَدَث بكَسبه، والْمِلكُ مُطلَقٌ للتَّصرُّف، ولهذا لو وَهَبه أو باعه: صَحّ.

وفي **الاستِحسان** -وهو قولُنا-: ليس له أن يَنتفِعَ به ما لم يُؤدِّ الضَّمانَ بالتَّراضِي أو بقَضاء القاضِي، أو يَقضِي القاضِي عليه بالضَّمان؛ لأن النَّبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان في ضِيافة رَجُلٍ من الأَنصار، فقَدَّم إليه شاةً مَصليّةً، فأخَذ منها لُقمةً، فجَعَل[1] يَلوكُها ولا يُسيغُها، فقال: «إنها تُخبِرني أنها ذُبِحت بغَير حقٍّ»، فقال الأنصاريُّ: كانت شاةَ أخِي، ولو كانت أعزَّ منها لم يَنفِس عليَّ بها، وسأُرضِيه بما هو خيرٌ منها إذا رَجَع، فقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «أطعِموها الأُسارى»[2].

---

(١) في (د): فأخذ.

(٢) روى الإمام أحمد (٢٢٥٠٩)، وأبو داود (٣٣٣٢) والطبراني في «الأوسط» (١٦٠٢)، والدارقطني (٤٧٦٣) واللفظ له: عن عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال: خرجنا مع رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في جنازة فانتهينا إلى القبر، قال: فرأيته يوصي الحافر قال: «أوسِعْ من قبل رأسه أوسع من قبل رجليه»، فلما انصرف تلقاه داعي امرأة من قريش، فقال: إن فلانة تدعوك وأصحابك، قال: فأتاها، فلما جلس القوم أتي بالطعام، فوضع النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يده ووضع القوم، فبينا هو يأكل إذ كف يده، قال: وقد كنا جلسنا بمجالس الغلمان من آبائهم، قال: فنظر آباؤنا رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ =

فأمْرُه بالتَّصدُّق بها بَيانٌ منه أن الغاصِبَ قد مَلَكها؛ لأن مالَ الغيرِ يَحفَظُ عليه عَينَه إذا أمكَن، وثَمَنَه بعدَ البيعِ إذا تعذَّر عليه حِفظُ عَينِه، وأنه لا يُباحُ التَّناوُلُ للغاصِب قبلَ الإرضاءِ.

ولأنّا متى أبَحنا الانتِفاعَ به قبلَ أن يُرضِيَه كان فتحًا لباب تَناوُلِ أموالِ النّاسِ بالباطِلِ، فيَحرُمُ قبلَ الإرضاءِ حسمًا لمادّة العُدوانِ، ونَفاذُ بيعِه وهِبتِه: لثُبوت مِلكِه بجِهةٍ مَحظورةٍ، كالْمَقبوض بالبَيع الفاسِدِ.

وإذا أدّى البدَلَ يُباحُ له التَّناوُلُ؛ لأن حقَّ المالِكِ صار مُوفًّى بالبَدَل، فتَحقَّقت بينَهما مُبادَلةٌ بالتَّراضِي.

وكذا إذا أبرَأه؛ لأن حقَّه يَسقُطُ بالبَراءة، وكذا إذا أدّى بالقَضاء، أو ضَمَّنه المالِكُ، أو ضَمَّنه الحاكِمُ؛ لوُجود الرِّضا منه؛ لأن الحاكِمَ لا يُضمِّنُه إلا بعدَ طلَبِه، فكان راضِيًا به.

ثم عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيما إذا غَصَب حِنطةً فزرَعها، أو نَواةً فغَرَسها: يُباحُ الانتِفاعُ قبلَ أداءِ الضَّمانِ؛ لوُجود الاستِهلاكِ من كلِّ وجهٍ، ولم يَبقَ عَينٌ يَتعلَّقُ به حقُّ الْمَغصوبِ منه، فيُباحُ الانتِفاعُ به، بخِلاف غيرِهما؛ لقِيام العَينِ فيه من وجهٍ.

وفي الحِنطة يَزرَعُها لا يَتصدَّقُ بالفَضل عندَه، خِلافًا لهما؛ بِناءً على ما مَرّ.

وإن غَصَب فِضّةً أو ذهَبًا، فضَرَبها دَراهِمَ أو دَنانيرَ أو آنِيةً: لم يَزُل مِلكُ مالِكِها عنها عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ولا شيءَ للغاصِب.

=تلوك أكلته، فجعل الرجل يضرب يد ابنه حتى يرمي العرق من يده، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها»، قال: فأرسلت المرأة: يا رسول الله! إني كنت أرسلت إلى البقيع أطلب شاة فلم أصب، فبلغني أن جارًا لي اشترى شاة، فأرسلتُ إليه فنهى، فلم نقدر عليه، فبعثت بها امرأته، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أطعموها الأسارى».

وقالا: يَملِكُها الغاصِبُ، وعليه مِثلُها؛ لتَبدُّل الاسمِ بالصَّنعة[١] والْمَقصودِ، فالتِّبرُ أو النُّقرةُ لا يَصلُحُ رأسَ مالِ الشِّرْكةِ والْمُضارَبةِ، والْمَضروبُ يَصلُحُ لذلك، فصار كالْمَسائِل الْمُتقدِّمةِ.

وله: أن اسمَ العَينِ لم يَتبدَّل؛ لأن اسمَ العَينِ الذَّهَبُ والفِضّةُ، وهو باقٍ بعدَ الصَّنعةِ[٢]، ومَعناه الأصليُّ: الثَّمَنيّةُ وكونُه مَوزونًا، وهذا الْمَعنى لا يَنفكُّ عن الذّات، حتى جَرى فيه الرِّبا باعتِبار الوزنِ.

وصَلاحِيَتُه لرَأس مالِ الشِّرْكةِ والْمُضارَبةِ من حُكم الصَّنعةِ لا العَينِ، والصَّنعةُ فيهما غيرُ مُتقوَّمةٍ مُطلَقًا، ألا تَرى أنه لا قِيمةَ لها عندَ الْمُقابَلةِ بجِنسها، وفيما تَقدَّم الصَّنعةُ مُتقوَّمةٌ مُطلَقًا، وببَقاء الاسمِ والْمَعنى الأصليِّ يُستدَلُّ على بَقاء العَينِ الْمَغصوبةِ[٣].

ومن غَصَب ساجةً فبَنى عليها: زال مِلكُ مالِكِها عنها، ولَزِم الغاصِبَ قِيمتُها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: للمالِك أخذُها ونقضُ البِناءِ؛ لأن الغاصِبَ مُتعدٍّ، فلا يَنقطِعُ بتَعدِّيه حقُّ المالِكِ عن ماله[٤]، كما لو غَصَب ساجةً[٥] وبَنى عليها[٦]، ولأنه وَجَد عَينَ مالِه، فيَكونُ أحقَّ به بالحَديث[٧].

ولنا: أن الغاصِبَ جَعَل السّاجةَ تَبَعًا لِمِلكه، فيَنقطِعُ به حقُّ المالِكِ، كما لو خاط

---

(١) في (هـ): بالصيغة.

(٢) في (ب): الصيغة.

(٣) في (د): المعصومة.

(٤) في (أ): ملكه.

(٥) في سوى (ب): ساحة.

(٦) في (د): عليهما.

(٧) أي الحديث المتقدم: «من وجد عين ماله فهو أحق به».

بالخَيط الْمَغصوبِ بطنَ أمتِه أو عبدِه، أو أدخَل اللَّوحَ الْمَغصوبَ في سَفينته.

وهذا لأنه لو باع دارًا وهذه السّاجةُ[١] مَوضوعةٌ فيها: لم تَدخُل في البَيع، ولم تُستحَقَّ بالشُّفعة، ولو أدخَلها في بِنائه دَخَلت في البَيع، وتُستحَقُّ بالشُّفعة.

ولا سَبيلَ إلى نَقض بِنائِه؛ لأن البِناءَ مالُ الغاصِبِ؛ لأنه حاصِلٌ بصُنعه، وهو مَعصومٌ مُتقوَّمٌ، كمال المالِكِ، وفي نَقضه إضرارٌ به بإِهلاك حقِّه بلا خَلَفٍ، وضرَرُ المالِكِ فيما قُلنا مَجبورٌ بالضَّمان.

وذَكَر الكَرْخيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن مَوضوعَ الْمَسألةِ فيما إذا أدخَل السّاجةَ[٢] في بِنائه، بأن بَنى حولَها لا عليها؛ لأنه لا يَكونُ مُتعدِّيًا بالبِناء في مِلكه، فلا يُنقَضُ، فأما إذا بَنى على السّاجة[٣]: فهو مُتعدٍّ في هذا البِناءِ، والسّاجةُ[٤] من وجهٍ كالأَصل لهذا البِناءِ، فيُهدَمُ[٥] للرَّدّ، كما في مَسألة السّاحةِ[٦].

ولكن هذا ضَعيفٌ؛ فإنه لو غَصَب نُقرةً واتَّخذ[٧] منها عُروةَ مَزادةٍ: انقَطَع حقُّ المالِكِ عنها، وهو في هذا العمَلِ مُتعدٍّ هنا؛ لأن عمَلَه في مِلك الغيرِ، فدَلَّ أنه لا فرقَ بينَ أن يَكونَ عمَلُه في مِلك الغيرِ أو في مِلك نفسِه، وهو الصَّحيحُ.

ولو ذَبَح شاةً، أو خَرَق ثَوبًا فاحِشًا: ضَمِن النُّقصانَ أو القِيمةَ، وسَلَّم[٨]، ولو يَسيرًا:

(١) في (أ) و(د) و(هـ): الساحة.

(٢) في (هـ): الساحة.

(٣) في (د) و(هـ): والساحة.

(٤) في (د) و(هـ): الساحة.

(٥) في (أ): فتهدم، وفي (ب): فهدم.

(٦) في (ب): الساجة.

(٧) في (ج): واتخذ عنها، وفي (د) و(هـ): فاتخذ، وفي نسخة على هامش (ج): وأخذ منها.

(٨) في (س) و(ع): وسلمه.

ضَمِن نقُصانَه.

ولو ذَبَح شاةَ غيرِه فمالِكُه بالخِيار، إن شاء ضَمَّنه قِيمتَها[1] وسَلَّمه له[2]، وإن شاء ضَمَّنه نُقصانَها، وكذا البَدَنةُ[3].

وكذا إذا قَطَع يدَهما أو رِجلَهما؛ وهذا لأن الذَّبحَ استِهلاكٌ من وجهٍ باعتِبار فَواتِ بعضِ الْمَقاصِدِ؛ فإنه يَفوتُ به بعضُ ما كان مَقصودًا من النَّسل واللَّبَنِ والحَمْلِ، وليس باستِهلاكٍ من وجهٍ؛ لبَقاء بعضِها، وهو اللَّحمُ، فيُخيَّرُ.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يُضمِّنُه شيئًا إذا أخَذها؛ لأن الذَّبحَ والسَّلخَ في الشّاة زِيادةٌ من حيث التَّقريبُ إلى الانتِفاع باللَّحم.

وما ذَكَره في ظاهِر الرِّوايةِ أصحُّ؛ لأنه نُقصانٌ باعتِبار تَفويتِ بعضِ الأغراضِ.

ولو كانت الدّابّةُ غيرَ مَأكولِ اللَّحمِ، فقَطَع الغاصِبُ طرَفَها: فللمالِك أن يُضمِّنه جَميعَ قِيمتِها؛ لوُجود الاستِهلاكِ من كلِّ وجهٍ بقَطع طرَفٍ منها؛ فإنه لا يُنتَفَعُ بها بعدَ هذا القطعِ؛ لأن مَنفَعتَها مَنفَعةُ الحَمْلِ والرُّكوبِ، وقد فاتت بعدَه.

بخِلاف ما لو كان الْمَغصوبُ عبدًا أو أمةً، فقَطَع منه يدًا أو رِجلًا؛ فإنه يَأخُذُه مع أرشِ الْمَقطوعِ؛ لأن الآدَميَّ بقَطع طرَفٍ منه لا يَصيرُ مُستهلَكًا؛ لبَقائه صالِحًا لعامّة ما كان صالِحًا له من قبلُ.

ومن خَرَق ثَوبَ غيرِه خَرْقًا فاحِشًا: فصاحِبُه بالخِيار، إن شاء ضَمَّن الغاصِبَ كلَّ قِيمةِ ثَوبِه، وكان الثَّوبُ للغاصِب؛ لأنه مُستهلَكٌ من وجهٍ؛ فإنه لا يَصلُحُ لجَميع ما كان

(١) في (هـ): قيمته.

(٢) في (أ): وسلمها له، وفي (ج) و(ط): وسلمها إليه، وفي (د): وسلمه إليه.

(٣) في (د): الهدية.

صالِحًا قبلَه، وإن شاء أخذ الثَّوبَ وضَمَّنه النُّقصانَ؛ لأنه تعييبٌ من وجهٍ؛ لكَونه قائمًا حَقيقةً، وكذا بعضُ الْمَنافِعِ قائِمٌ.

وإن خَرَقه خَرْقًا يَسيرًا: ضَمَّن الغاصِبَ نُقصانَه، وأخذ ربُّ الثَّوبِ ثَوبَه؛ لأن العَينَ قائِمٌ[1] من كلّ وجهٍ، فبهذا القَدْرِ من الخَرْق لا يَخرُجُ من أن يَكونَ صالِحًا لِما كان صالِحًا قبلَه، وإنما تَمكَّن النُّقصانُ في قِيمته، فيُضمِّنُه ذلك النُّقصانَ.

والصَّحيحُ: أن الفاحِشَ: ما يَفوتُ به بعضُ العَينِ وجِنسُ الْمَنفَعةِ، ويَبقى بعضُ العَينِ وبعضُ الْمَنفَعةِ، واليَسيرَ: ما لا يَفوتُ به شيءٌ من الْمَنفَعة، وإنما يَدخُلُ فيه النُّقصانُ؛ لأن محمدًا رَحِمَهُ ٱللَّهُ جعَل في «الأَصل» قطْعَ الثَّوبِ نُقصانًا فاحِشًا، والفائِتُ به بعضُ الْمَنافِعِ.

ولو غَرَس، أو بَنى في أَرض غيرٍ: قُلِعا، ورُدَّت، وإن نَقَصت به: ضَمِن له البِناءَ والغَرْسَ[2] مَقلوعًا.

ومن غَصَب أرضًا، فغَرَس فيها أو بَنى: قِيل له: (اقلَع الغرسَ والبِناءَ ورُدَّها)؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ليس لعِرقٍ ظالِمْ حقٌّ»[3]، ولأن الأرضَ لا تُغصَبُ، فيَبقى حقُّ المالِكِ كما كان، والغاصِبُ جعَلها مَشغولةً، فيُؤمَرُ بتفريغها، كما لو شَغَل ظَرْفَ غيرِه بطَعامه.

فإن كانت الأرضُ تَنقُصُ بقَلع ذلك: فللمالِك أن يَضمَنَ له قِيمةَ البِناءِ والغرسِ

---

(١) في (ج) و(د): قائمة.

(٢) في (ع): أو الغرس.

(٣) رواه الإمام مالك ٢/ ٧٤٣، والبخاري معلقًا ٣/ ١٠٦، وأبو داود (٣٠٧٣)، والترمذي (١٣٧٨).
والمعنى: ليس لذِي عِرْقٍ ظالِمٍ، وَصَفَ العِرْقَ بصِفة صاحِبِه -وهو الظُّلمُ- مَجازًا، كما يُقالُ: صام نَهارَه، وقام لَيلَه. «رمز الحقائق».

مَقلوعًا، ويَكونَ له.

ومَعناه: قِيمةَ بِناءٍ أو شجَرٍ يُؤمَرُ بقَلعه؛ لأن حقَّه فيه، فتُقوَّمُ الأرضُ بدُون الشَّجَرِ أو البِناءِ، وتُقوَّمُ وبها شجَرٌ أو بِناءٌ أُمِر بقَلعه، فيَضمَنُ فضلَ ما بينَهما؛ لأن فيه رِعايةً للجانِبَين.

ثم في وَضع الْمَسألةِ إشكالٌ؛ لأنّا بَيَّنّا أن الغصبَ لا يُتصوَّرُ في العَقار.

والجَوابُ: أن الغصبَ الْمُوجِبَ للضَّمان لا يُتصوَّرُ فيه، لا أصلُ الغصبِ؛ ألا تَرى إلى قَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من غَصَب شِبرًا من أرضٍ طَوَّقه اللهُ تَعالى يومَ القِيامةِ من سَبع أرَضين»[1]، ولأن الْمَجازَ شائِعٌ[2] في كَلام العرَبِ، فيَجوزُ أن يُستعمَلَ فيها مَجازًا؛ لتَصوُّره بصُورة الغصب.

وإن صَبَغ، أو لَتَّ السَّويقَ بسَمْنٍ: ضَمَّنه قِيمةَ[ف] ثَوبٍ أبيَضَ، ومِثلَ السَّويقِ، أو أخَذ، وغَرِم ما زاد[و] الصِّبغُ والسَّمْنُ.

---

(١) قال في «التلخيص الحبير» ٣/ ١١٨: حديث أبي هريرة: «من غصب شبراً من أرض طوقه من سبع أرضين يوم القيامة»: مسلم (١٦١٠) بلفظ: «من أخذ»، وفي رواية (١٦١٠): «من اقتطع»، وزاد: «بغير حقه»، واتفقا عليه (البخاري ٢٤٥٢ ومسلم ١٦١٢) من حديث عائشة بلفظ: «من ظلم»، وعن سعيد بن زيد بلفظ: «من اقتطع»، والبخاري عن ابن عمر، وله عندهما ألفاظ.

وفي الباب عن يعلى بن مرة في «صحيح» ابن حبان ومسندي أبي بكر بن أبي شيبة وأبي يعلى، والمسور بن مخرمة، ورواه العقيلي في «تاريخ الضعفاء»، وشداد بن أوس في الطبراني «الكبير»، وحكم أبو زرعة بأنه خطأ، وسعد بن أبي وقاص في الترمذي، والحكم بن الحارث السلمي في الطبراني أيضًا، وأبي شريح الخزاعي فيه، وابن مسعود عند أحمد، وابن عباس في الطبراني.

تنبيه: لم يروه أحد منهم بلفظ: «من غصب»، نعم في الطبراني من حديث وائل بن حجر: «من غصب رجلًا أرضًا لقي الله وهو عليه غضبان». انتهى.

(٢) في (هـ): سائغ، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.

ومن غَصَب ثَوبًا فصبَغه أحمرَ، أو سَويقًا فلَتَّه بسَمْنٍ: فمالِكُه بالخِيار، إن شاء ضَمَّنه قِيمةَ ثَوبٍ أبيضَ ومِثلَ السَّويقِ، وسَلَّمه للغاصِب، وإن شاء أخَذهما وغَرِم ما زاد الصِّبغُ والسَّمْنُ فيهما.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في الثَّوب: لمالِكه أن يُمسِكَه، ويأمُرَ الغاصِبَ بإزالة الصِّبغِ عن ثَوبه بالغَسل بالقَدْر الْمُمكِنِ، ويُضمِّنَه نُقصانَ الثَّوبِ إن انتَقَص بذلك ثَوبُه؛ لأنه مُتعدٍّ في الصَّبغ، فلم يكن له غيرُه، والتَّمييزُ مُمكِنٌ، بخِلاف السَّمنِ في السَّويق؛ لتَعذُّر التَّمييزِ، وصار كما لو غَصَب ساحةً[1] وبَنى فيها.

ولنا: أن الصِّبغَ مالٌ مُتقوَّمٌ، كالثَّوب، وبغَصبه[2] لا تَسقُطُ حُرمةُ مالِه[3]، فيَجِبُ صِيانتُهما[4] ما أمكَن، وذا في إيصال مَعنى مالِ أحَدِهما إليه، وإيفاءِ حقِّ الآخرِ في[5] عَين مالِه، وذا فيما قُلناه من التَّخيير.

غيرَ أنّا أثبَتنا الخِيارَ لربِّ الثَّوبِ: لأنه صاحِبُ أصلٍ، والغاصِبُ صاحِبُ وصفٍ، فكان إثباتُ الخِيارِ لصاحِب الأصلِ أَولى؛ لأن الأصلَ قائمٌ بنفسه وقِيامِ الوصفِ به.

بخِلاف البِناء في السّاحة[6]؛ لأنه أمكَن إيصالُ عَينِ كلِّ واحِدٍ منهما إلى صاحِبه بالنَّقض؛ لأن النَّقضَ بعدَ النَّقضِ قائمٌ، فيَصِلُ إليه عَينُ مالِه، وهنا بالغَسل لا يَصِلُ إليه عَينُ مالِه؛ لأن الصِّبغَ يَتلاشى بالغَسل.

---

(١) في (ب): ساجة.

(٢) في (ج): وبغصبه وصبغه، وفي (هـ): وبصبغه.

(٣) في (هـ): ماليته.

(٤) في (ب): صيانتها.

(٥) في (ب) و(هـ): و.

(٦) في (ب): الساجة، وفي (هـ): المساجد.

وبخِلاف ما إذا انصَبَغ بهُبوب الرِّيحِ؛ فإنه لا يَثبُتُ الخِيارُ لربِّ الثَّوبِ، بل يُؤمَرُ بدَفع قِيمةِ الصِّبغِ؛ لأنه لا جِنايةَ من صاحِب الصِّبغِ ليَضمَنَ الثَّوبَ، فيَتملَّكُ صاحِبُ الأصلِ الصِّبغَ.

قال أبو عِصمةَ في أَصل الْمَسألةِ: وإن شاء ربُّ الثَّوبِ باع الثَّوبَ، فيَضرِبُ ربُّ الثَّوبِ بقِيمة ثَوبٍ أبيضَ، وربُّ الصِّبغِ بقِيمة الصِّبغِ. وهذا حسَنٌ؛ لأنه طَريقُ إيصالِ حقِّ كلِّ واحِدٍ منهما إلى صاحِبه مَعنًى.

ويَتأتّى قولُ أبي عِصمةَ فيما إذا انصَبَغ الثَّوبُ بنَفسه أيضًا.

والجَوابُ في السَّمْن كالجَواب في الصِّبغ، إلا أنه يَضمَنُ في السَّويق الْمِثلَ؛ لأنه من ذَوات الأمثالِ، والثَّوبُ من ذَوات القِيَمِ، فيُضمِّنُه[1] قِيمتَه.

وقال في «الْمَبسوط»: يَضمَنُ قِيمةَ سَويقِه وإن كان السَّويقُ كَيليًّا؛ لأنه مُتفاوِتٌ عادةً بتفاوُتِ القَلْي، فلم يَبقَ مِثليًّا، كالخُبز.

وقِيل: الْمُرادُ به: الْمِثلُ، وإنما سَمّاه قِيمةً: لِقيامها مَقامَه.

والصُّفرةُ كالحُمرة.

وإن صَبَغه الغاصِبُ أسودَ: فلربِّ الثَّوبِ أن يَأخُذَه ولا يُعطِيَه شيئًا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن السَّوادَ نُقصانٌ، وعندَهما: السَّوادُ زِيادةٌ، كالحُمرة والصُّفرةِ.

وقِيل: هذا اختِلافُ عصرٍ وزَمانٍ؛ فإنه أَجاب على ما شاهَد في عَصره من عادة بَني أُمَيّةَ؛ فإنهم كانُوا يَمتنِعون عن لُبس السَّوادِ، وهما أَجابا على ما شاهَدا في عَصرهما من عادة بَني العبّاسِ بلُبس السَّواد.

---

(١) في (ج): فيضمن.

وقِيل: السَّوادُ يَزيدُ في قِيمة بعضِ الثِّياب، وينقُصُ من قِيمة بعضِ الثِّياب، كالعَصْب[1] ونحوِه.

فإن كان الْمَغصوبُ ثَوبًا ينقُصُ السَّوادُ من قِيمته: فالجَوابُ ما قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وإن كان ثَوبًا يَزيدُ السَّوادُ في قِيمته: فالجَوابُ ما قالا إنه[2] بمَنزِلة الحُمرةِ والصُّفرةِ.

وإن كان ثَوبًا تَنقُصُه الحُمرةُ، بأن كانت قِيمتُه ثَلاثين دِرهَمًا، فتَراجَعت قِيمتُه بالصَّبغ[3] إلى عِشرين دِرهَمًا.. فعن محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يُنظَرُ إلى ثَوبٍ تَزيدُ فيه الحُمرةُ، فإن كانت الزِّيادةُ خَمسةً يَأخُذُ ربُّ الثَّوبِ ثَوبَه وخَمسةَ دَراهِمَ من الغاصِب؛ لأن صاحِبَ الثَّوبِ استَوجَب عليه نُقصانَ قِيمةِ ثَوبِه عشَرةَ دَراهِمَ، واستَوجَب الصَّبّاغُ عليه قِيمةَ الصِّبغِ خَمسةً، فالخَمسةُ بالخَمسة قِصاصٌ، ويَرجِعُ عليه بما بَقِي من النُّقصان، وهو خَمسةٌ.

---

(١) في (ب): كالغصب. وهو كذلك في «المبسوط» ١١/ ٨٥، وفي (ج): كالقصب. والصواب المثبت.

قال في «المصباح» ٢/ ٤١٢: العَصْبُ -مثل فَلْس-: بُرْدٌ يُصبغ غزلُه ثم ينسج، ولا يثنّى ولا يجمع، وإنما يثنّى ويجمع ما يضاف إليه، فيقال: بُردَا عَصْبٍ وبُرود عَصْبٍ، والإضافة للتخصيص، ويجوز أن يجعل وصفًا، فيقال: شريت ثوبًا عَصْبًا، وقال السهيلي: العَصْبُ: صِبغٌ لا يَنبُتُ إلا باليمن.

(٢) في (أ): لأنه.

(٣) في (ب): بالصنع.

فَصْلٌ
[في مسائل متفرقة تتعلق بالغصب]

فإن غَيَّب الْمَغصوبَ، وضَمِن قِيمتَه: مَلَكه[ف]، والقولُ في قِيمته له مع حَلِفِه، والبيِّنةُ لمالِكه.

ومن غَصَب عَينًا، فغَيَّبها، فضَمَّنه المالِكُ قِيمتَها: مَلَكها عندَنا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَملِكُها؛ لأن الغصبَ تعدٍّ محضٌ، فلا يَكونُ مُوجِبًا للمِلك؛ لأنه حُكمٌ مَشروعٌ، فيَستَدعي سببًا مَشروعًا، والتَّعدِّي لا يَكونُ مَشروعًا؛ لأن أَدنى دَرَجاتِه أن يَكونَ مُباحًا، والتَّعدِّي لا يَكونُ مُباحًا، وصار كغَصب الْمُدبَّرِ.

ولنا: أن المالِكَ مَلَك بدَلَ الْمَغصوبِ بكَماله، أي[1] رَقبةً ويدًا، فوَجَب أن يَزولَ مِلكُه عن الْمُبدَل إلى مِلك من وَجَب عليه البدَلُ، إذا كان الْمُبدَلُ مُحتمِلًا للنَّقل عن مِلكٍ إلى مِلكٍ؛ دفعًا[2] للضَّرَر عنه وتَحقيقًا للعَدْل، كما في سائِر الْمُبادَلاتِ.

وهذا لأن الضَّمانَ بدَلُ العَينِ، حتى يَتقدَّرُ بقِيمة العَينِ، والأصلُ في الضَّمان أن يَجِبَ بقَدْر ما فَوَّت؛ لأن العدلَ إنما يَتحقَّقُ بإيجاب مِثلِ الفائت، فإذا ثَبَت له الْمِلكُ في البَدَل يدًا وذاتًا جَعَلناه مُقابَلًا بالأصل يدًا وذاتًا، فيَزولُ مِلكُه عن الْمَغصوب شرطًا لحُكمٍ شَرعيٍّ، وهو الضَّمانُ؛ لأنه شُرِع جبرًا، ولا جبرَ مع بَقاءِ الأصلِ على مِلكه؛ إذ الجبرُ يَعتمِدُ الفَواتَ، وشرطُ الشَّيءِ تابعٌ له، فصار حسَنًا بحُسنه، وإنما قَبُح لو كان

(١) سقطت من (ب).

(٢) في (ج): فيملكه دفعًا.

الْمِلكُ يَثبُتُ بالغَصب مَقصودًا.

فإن قِيل: لو كان شرطُ القَضاءِ بالقِيمة زَوالَ مِلكِه عن العَين، أو كان الضَّمانُ بدَلًا عن العَين.. لزال الْمِلكُ به عن الْمُدبَّر، كما لو قُضِي بجَواز بيعِ الْمُدبَّرِ.

قُلنا: نعم، يَزولُ الْمُدبَّرُ به عن مِلك الْمَولى؛ لكَونه مالًا مَملوكًا؛ تَحقيقًا لشَرط الْمَشروعِ، وهو وُجوبُ الضَّمانِ، ولكن لا يَدخُلُ في مِلك الغاصِبِ صِيانةً لحقِّه.

على أن ضَمانَ الْمُدبَّرِ مُقابَلٌ بالفائِت، وهو اليدُ دونَ الرَّقَبةِ؛ لأنه غيرُ قابِلٍ للنَّقل، وهذا طَريقٌ جائِزٌ، ولكن لا يُصارُ إليه عن الْمُقابَلة بالرَّقَبة إلا عندَ العجزِ؛ لأن فيه اجتِماعَ البدَلِ والْمُبدَلِ في مِلكٍ واحِدٍ، وهو عُدولٌ عن سَنَن العدلِ.

والقولُ في قِيمته قولُ الغاصِبِ مع حَلِفِه؛ لأن المالِكَ يَدَّعي عليه الزِّيادةَ، وهو يُنكِرُ، والقولُ للمُنكِرِ مع يَمينِه، إلا أن يُقيمَ المالِكُ البيِّنةَ بأكثَرَ من ذلك؛ لأنه نَوَّر دَعواه بالحُجّة الْمُلزِمةِ.

فإن ظَهَر وقِيمتُه أكثَرُ، وضَمِنه بقَول مالِكِه، أو ببيِّنته، أو نُكولِ غاصِبِه: فهو له، ولا خِيارَ للمالِك.

فإن ظَهَر الْمَغصوبُ وقِيمتُه أكثَرُ مما ضَمِن، وقد ضَمِنه بقَول مالِكِه، أو ببيِّنةٍ أقامها، أو بنُكول الغاصِبِ عن اليَمين: فهو للغاصِب، ولا خِيارَ للمالِك؛ لأنه رَضِي بالْمُبادَلة بهذا القَدْرِ حيث ادَّعى هذا القَدْرَ ولم يَدَّعِ الزِّيادةَ.

ولو بحَلِفِه: أمضى ضَمانَه، أو أخَذ ورَدَّ عِوَضَه، ويُحبَسُ للقِيمة، بخِلاف الْمُدبَّرِ.

وإن كان ضَمِنه بقَول الغاصِبِ مع حَلِفِه: فهو بالخِيار، إن شاء أمضى الضَّمانَ، وإن شاء أخَذ العَينَ ورَدَّ العِوَضَ؛ لأن رِضاه بهذا القَدْرِ لم يَتِمَّ حيث ادَّعى الزِّيادةَ، وإنما أخَذ دونَها: لعَدَم البيِّنةِ.

ولو ظَهَر الْمَغصوبُ وقِيمتُه مِثْلُ ما ضَمِنه أو دونَه، وقد ضَمِنه بقَول الغاصِبِ مع يَمينِه: فكذلك الجَوابُ.

وقال الكَرْخيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا خِيارَ له؛ لأنه يُوفَّرُ عليه بدَلَ مِلكِه بكَماله.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ -وهو الأصَحُّ-: أن الخِيارَ لفَوت الرِّضا، ورِضاه لم يَتِمَّ حيث لم يُعطَ ما يَدَّعيه، وجاز أن تكونَ قِيمتُه مِثلَ ما ضَمِنه عندَ الْمُقوِّمين، ولا يَكونَ مِثلُه عندَه، فلا يَرضى به بدَلًا، وقد لا يَرضى الإنسانُ بزَوال العَينِ عن مِلكه بقِيمته.

فإذا اختَار المالِكُ أخذَ الْمَغصوبِ: فللغاصِب[1] أن يَحبِسَه[2] حتى يَأخُذَ القِيمةَ التي دَفَعها إليه؛ لأنها مُقابَلةٌ به، بخِلاف الْمُدبَّرِ؛ لأنه ليس بمُقابَلٍ به.

وإن باعَه وضَمِن: نَفَذ، ولو حَرَّر لا.

ومن غَصَب عبدًا، فباعه، فضَمَّنه المالِكُ قِيمتَه: نَفَذ بيعُه، وإن أعتَقه ثم ضَمِن القِيمةَ: لم يَنفُذ عتقُه.

والفرقُ: أن الْمِلكَ الثّابتَ للغاصِب فيه ناقِصٌ؛ لثُبوته مُستنِدًا، والثّابتُ بطَريق الاستِنادِ ثابِتٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ، أو ضَرورةً؛ إذ الدَّليلُ يَأبى[3] ثُبوتَ الْمِلكِ بالغَصب؛ لكَونه عُدوانًا، والْمِلكِ نِعمةً.

وإنما ثَبَت الْمِلكُ له: ضَرورةَ القَضاءِ بالضَّمان؛ لئلا يَجتمِعَ البدَلُ والْمُبدَلُ في مِلكٍ واحِدٍ، والثّابتُ ضَرورةً ثابِتٌ بوجهٍ[4] دونَ وجهٍ، ولهذا يَظهَرُ في حقِّ الأكسابِ

---

(١) في سوى (ج): للغاصب. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٣١.

(٢) أي العين. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٣١.

(٣) في (ب) و(د): إذ الدلائل تأبى.

(٤) في (ج) و(هـ): من وجه.

دونَ الأولادِ؛ لأن الْمِلكَ يَثبُتُ شرطًا للقضاء بالقِيمة، والولَدُ غيرُ مَضمونٍ عليه بالقِيمة، وهو بعدَ الانفِصالِ ليس بتبَعٍ، فلا يَثبُتُ هذا الحُكمُ فيه.

بخِلاف الكسبِ؛ لأنه بدَلُ الْمَنفَعةِ، فيَكونُ تبَعًا[1] محضًا، وثُبوتُ الحُكمِ في التَّبَع[2] بثُبوته في الْمَتبوع، سَواءٌ ثَبَت في الْمَتبوع مَقصودًا بسَببه أو شرطًا لغَيره.

ولأن مِلكَ الكسبِ أسرَعُ نُفوذًا من مِلك الولَدِ؛ بدَليل أن الغاصِبَ إذا آجَر الْمَغصوبَ يَملِكُ الأجرَ، ولو أولَد[3] لا يَملِكُ، والْمِلكُ النّاقصُ يَكفي لنَفاذ البيعِ، ولا يَكفي للعَتق، فالْمُكاتَبُ يَملِكُ البيعَ ولا يَملِكُ العَتقَ؛ لنُقصان مِلكِه.

وزَوائِدُه أمانةٌ(ف)، تُضمَنُ بتَعدٍّ أو منعٍ بعدَ طَلَبٍ، لا ببَيعٍ وتَسليمٍ لو مُتَّصِلةً(س م).

وزَوائدُ الغصبِ أمانةٌ، مُتَّصِلةً كانت أو مُنفصِلةً، كوَلَد الْمَغصوبةِ، ونَمائِها، وثَمرةِ البُستانِ الْمَغصوبةِ، فإن هَلَكت في يَد الغاصِبِ لا يَضمَنُ، إلا أن يَتعدّى فيها، أو يَطلُبَها مالِكُها فيَمنعَها إيّاه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: زَوائدُ الغصبِ مَضمونةٌ، مُتَّصِلةً كانت كالسِّمَن[4]، أو مُنفصِلةً كالوَلَد ونحوِه؛ لأنها حَدَثت من أصلٍ مَضمونٍ عليه بالتَّعدِّي، فتكونُ مَضمونةً، كظَبيةٍ أُخرِجت من الحَرَم فوَلَدت في يَده، وهذا لأن ضَمانَ الأصلِ إنما لَزِمه بإثبات يدٍ مُبطِلةٍ عليه، وهذه اليدُ ثابِتةٌ بعَينها على الزِّيادة؛ لحُدوثها في تلك اليدِ، فتَصيرُ مَغصوبةً ضَرورةً.

---

(١) في (هـ): بيعًا، وفي (أ) و(د) غير منقوطة. والمثبت كما في «المبسوط» ١١/ ٦٧، و«البناية» ١١/ ٢٣٤.

(٢) في (هـ): البيع، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.

(٣) في (ج): أولده.

(٤) في (ب): كالثمر.

ولنا: أن الزَّوائدَ ليست بمَغصوبةٍ، فلا تكونُ مَضمونةً بضَمان الغصبِ؛ لأنه لا يَكونُ بدُونه؛ لاستِحالة الحُكمِ بلا سببٍ.

وهذا لأن الغصبَ إثباتُ اليدِ على مال الغيرِ لنَفسه على وجهٍ يُفوِّتُ يدَ المالِكِ، وذا لم يُوجَد في الوَلَد؛ لأن التَّفويتَ بإزالة يدِه[1] عما كان في يَده، أو بإزالة تَمكُّنِه من أَخذ ما لم يكن في يَده، ولم يكن الولَدُ في يَد المالِكِ قطُّ، ولم يَزُل تَمكُّنُه من أَخذه[2] بحُصوله في دار الغاصِبِ، ما لم يَمنَعه الغاصِبُ منه، فلا يَكونُ مَضمونًا عليه، حتى لو مَنَع الولَدَ بعدَ طلَبِه يَضمَنُه؛ لتَحقُّق التَّفويتِ بقَصر يدِه عنه بالْمَنع.

وكذا إذا تَعدّى فيه، بأن أتلَفه، أو ذَبَحه، أو[3] أكَله، أو باعه وسَلَّمه: يَضمَنُ؛ لوُجود التَّعدِّي منه على الأَمانة، كما لو باع الوَديعةَ وسَلَّمها، أو أتلَفها.

وإذا هَلَك ولَدُ الظَّبيةِ قبلَ تَمكُّنِه من الرَّدِّ إلى الحَرَم: لا يَضمَنُ؛ لعَدَم المنعِ، وإنما يَضمَنُه إذا هَلَك بعدَه؛ لأن الحقَّ في صَيد الحرَمِ للشَّرع، والشَّرعُ يُطالِبُه بردِّ الأصلِ مع ولَدِه إلى مَأمَنه، فوُجِد المنعُ منه بعدَ الطَّلَبِ، وهو سببٌ للضَّمان.

ولأن الضَّمانَ في صَيد الحَرِم ضَمانُ إتلافِ مَعنى الصَّيديّةِ؛ لأنه بالحَرَم آمِنٌ صَيدًا، وذا في تَنفُّره[4] وبُعدِه عن أَيدينا، فإثباتُ اليدِ عليه يَكونُ إتلافًا لِمَعنى الصَّيديّةِ حُكمًا، وقد تَحقَّق ذلك في الوَلَد بإِثبات اليدِ عليه، فأما الأموالُ: فمَحفوظةٌ بالأيدِي، فإنما يَجِبُ الضَّمانُ فيها بتَفويت الأيدِي لا بإِثبات اليدِ عليها.

---

(١) مثبتة من (أ) و(ج).

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): تمكنه وأخذه.

(٣) في (د) و(هـ): و.

(٤) في (ب) و(د): تنفيره.

ولو باع الغاصِبُ الأصلَ والزِّيادةَ وسَلَّم، والزِّيادةُ مُتَّصِلةٌ.. فإن كان قائمًا: أخذه صاحِبُه، وإن كان هالِكًا: فهو بالخِيار، إن شاء ضَمَّن الغاصِبَ قِيمتَه يومَ الغصبِ، وإن شاء ضَمَّن الْمُشتريَ قِيمتَه يومَ القبضِ.

وليس له أن يُضمِّنَ البائِعَ قِيمتَه زائِدةً بالبَيع والتَّسليمِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: له أن يُضمِّنَ البائِعَ بالبَيع والتَّسليمِ قِيمتَه زائِدةً؛ لأن الزِّيادةَ كانت أمانةً، فتُضمَنُ بالبَيع والتَّسليمِ، كالزِّيادة الْمُنفصِلةِ.

وله: أنه لا يُمكِنُ تَضمينُ الزِّيادةِ مع الأصلِ؛ لأن ضَمانَ الأصلِ واجِبٌ بالغَصب، فلا يُتصوَّرُ إيجابُه بالتَّسليم؛ لأن إثباتَ الثَّابتِ مُستحيلٌ، ولا يُمكِنُ تَضمينُها بدُون الأصلِ؛ لأنها تَبَعُ الأصلِ، فلا تُفرَدُ عن الأَصل بضَمان الغصبِ، فامتَنَع التَّضمينُ ضَرورةً.

وضَمِن نُقصانَ الوِلادةِ، وجُبِر(زف)[1] بالوَلَد.

وما نَقَصت الجارِيةُ بالوِلادة: ضَمِنه الغاصِبُ؛ لأن الجارِيةَ دَخَلت في ضَمانه بجَميع أجزائِها، والجُزءُ مُعتبَرٌ بالكلّ.

فإن كان في قِيمة الولَدِ وَفاءٌ به: جُبِر النُّقصانُ بالوَلَد، وسَقَط ضَمانُه عن الغاصِب.

وقال زفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: لا يَنجبِرُ النُّقصانُ بالوَلَد؛ لأن الفائِتَ مِلكُه، والولَدَ مِلكُه، ومِلكُه لا يَكونُ جابِرًا لِمِلكه؛ لأن الضَّمانَ لجَبر[2] ما فات عليه.

فصار كوَلَد الظَّبيةِ الْمُخرَجةِ من الحَرَم؛ فإن نُقصانَ الأُمِّ بالوِلادة لا يَنجبِرُ بالوَلَد، وكما لو هَلَك الولَدُ قبلَ الرَّدِّ، أو هَلَكت الأُمُّ وبالوَلَد وَفاءٌ، وكما لو جَزَّ صُوفَ شاةٍ

(١) في (م): وخير.

(٢) في (ج): يجبر، وفي (هـ): بجبر.

غيرِه فنبَت آخرُ، أو قَطَع شجرَ غيرِه فنبَت آخرُ مَكانَه، أو خَصى عبدَ غيرِه أو عَلَّمه الحِرفةَ فانتَقَص بهما، وازدَادت قِيمتُه، فإنه يَضمَنُ النُّقصانَ، ولا يَنجبِرُ، مع أن سببَ الزِّيادةِ والنُّقصانِ مُتَّحِدٌ.

ولنا: أن سبَبَ الزِّيادةِ والنُّقصانِ واحِدٌ، وهو الوِلادةُ؛ لأنها أوجَبت فَواتَ جُزءٍ من ماليّة الأصلِ، وحُدوثَ ماليّةِ الولَدِ؛ لأنه وإن كان مَوجودًا قبلَ الانفِصالِ فلم يكن مالًا، حتى لم يَجُز بيعُه وهِبتُه، وإنما صار مالًا مَقصودًا بالانفِصال.

وإذا اتَّحَد سبَبُ الزِّيادةِ والنُّقصانِ امتَنَع ظُهورُ النُّقصانِ، فامتَنَع الضَّمانُ، كالبَيع، فإنه يُزيلُ الْمَبيعَ عن مِلكه، ويُدخِلُ الثَّمَنَ في مِلكه، فلا يُعَدُّ نُقصانًا، حتى لو شَهِد شاهِدان عليه ببَيع شيءٍ بمِثل قِيمتِه، ثم رَجَعا: لم يَضمَنا شيئًا.

وصار كما لو غَصَب أمةً سَمينةً فصارت مَهزولةً ثم سَمِنت، أو سَقَطت سِنُّها[1] فنبَتت مَكانَها أُخرى، أو قُطِع يدُها فأخَذ الغاصِبُ أَرْشَها، فرَدَّها مع الأَرْشِ، فإنه يُحسَبُ[2] عن نُقصان القطعِ.

وولَدُ الظَّبيةِ مَمنوعٌ، ولئن سُلِّم فهذا الولَدُ لا يَصلُحُ أن يَكونَ خَلَفًا عن الجُزء الفائِتِ؛ لأنه مَضمونٌ بنَفسه، فلم يَجُز أن يُؤدّى به ضَمانُ غيرِه، بخِلاف مَسألتِنا.

وأما إذا ماتت الأُمُّ وبالوَلَد وَفاءٌ بقِيمتها.. ففي رِوايةٍ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَبرأُ بردِّ الولَدِ، وفي رِوايةٍ[3]: لا يَنجبِرُ؛ لأن الوِلادةَ في الغالِب ليست بسبَبٍ لِمَوت الأُمِّ، فلم يَتَّحِد سبَبُ الزِّيادةِ والنُّقصانِ[4].

(١) في (هـ): ثنيتها.

(٢) في (ب): يجب.

(٣) في (هـ): (وعدوانه) بدل (وفي رواية).

(٤) عبارة «المبسوط» ١١/ ٦٠: فإن ماتت الأم وبالولد وفاء بقيمتها: ففي هذه المسألة ثلاث=

وأما إذا مات الولَدُ قبلَ الرَّدِّ: فلأنه يُشترَطُ لبَراءة الأصلِ ردُّه، فكذا لا بُدَّ من ردِّ خَلَفِه، فإذا لم يَرُدَّ الولَدَ الذي هو خَلَفٌ عن النُّقصان لا يَبرأُ.

والخِصَاءُ لا يُعَدُّ زِيادةً في الماليّة؛ لأنها إنما تَتحقَّقُ برَغبة عامّةِ النّاسِ، وهي ليست بمَرغوبةٍ عندَ العامّةِ، وإنما هي رَغبةُ بعضِ الجُهّالِ لظنِّهم أن الخصِيَّ كالْمَحرَم.

ولم يَتَّحِد السَّبَبُ في باقِي الْمَسائلِ؛ لأن سبَبَ النُّقصانِ القطعُ والجزُّ، وسبَبَ الزِّيادةِ النَّماءُ، وسبَبَ النُّقصانِ التَّعليمُ، وسبَبَ الزِّيادةِ الفهمُ.

وقولُه[1]: (إنَّ مِلكَه لا يُجبرُ بمِلكه).. قُلنا: نحن نَسعى لِمَنع ظُهورِ النُّقصانِ، فلا يُحتاجُ إلى الجَبر.

ولو زَنى بمَغصوبةٍ، فرُدَّت، فماتَت بوَلَدٍ: ضَمِن(س م).

ومن غَصَب أمةً، فزَنى بها، فحَبِلت عندَ الغاصِبِ، فرَدَّها، فهَلَكت بالوِلادة: ضَمِن الغاصِبُ قِيمتَها يومَ عَلِقت، ولا ضَمانَ عليه في الحُرّة، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: لا يَضمَنُ في الأمة أيضًا إلا نُقصانَ الحبَلِ؛ لأن الرَّدَّ قد صَحَّ مع الحبَلِ، ولكنها مَعيبةٌ بعَيب الحبَلِ، وذلك مُوجِبٌ ضَمانَ النُّقصانِ عليه، وهَلاكُها بعدَ الرَّدِّ بسبَبٍ حادِثٍ في يَد المالِكِ، وهو الوِلادةُ، فلا يَبطُلُ به حُكمُ الرَّدِّ، فلا يَضمَنُ الغاصِبُ،

=روايات: روي عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يبرأ برد الولد؛ لأن وجوب الضمان على الغاصب لجبران حق المغصوب منه، وذلك حاصل بالوفاء في قيمة الولد، وروي عنه: أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة، ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم؛ لأن الولادة لا توجب الموت فالنقصان يكون بسبب الولادة، فأما موت الأم لا يكون بسبب الولادة، ورد القيمة كرد العين، ولو رد عين الجارية كان النقصان منجبراً بالولد، فكذلك إذا رد قيمتها، وفي ظاهر الرواية: عليه قيمتها يوم الغصب كاملة لوجهين... إلخ.

(١) أي الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَى.

كما لو حُمَّت عندَ الغاصِبِ ثم رَدَّها، فهَلَكت، أو زَنَت عندَ الغاصِبِ ثم رَدَّها، فجُلِدت[1] وماتت من ذلك، فإنه لم يَضمَن الغاصِبُ إلا نُقصانَ عَيبِ الزِّنى.

وكذا الْمَبيعةُ إذا سَلَّمها إلى الْمُشتَري وهي حُبلى، ولم يَعلَم الْمُشتَري بالحَبَل، فماتت في الوِلادة[2]: لم يَرجِع الْمُشتَري على البائِع بالثَّمَن بالاتِّفاق.

وله: أن الرَّدَّ لم يَصِحَّ، فلا يَبرأُ؛ وهذا لأن الرَّدَّ إنما يَصِحُّ إذا كان مِثلَ الأخذِ، فإن تَحقَّق الرَّدُّ بتلك الصِّفةِ خَرَج من الضَّمان، وإلا لا، والأخذُ وُجِد وهي حائِلٌ ليس بها سبَبٌ يُفضِي إلى التَّلَف، والرَّدُّ وُجِد وهي حامِلٌ قد انعقَد سبَبُ الهَلاكِ في حقِّها، وكان الرَّدُّ حينَ وُجِد مُتردِّدًا، إن[3] سَلِمت من الوِلادة ظَهَر أن الرَّدَّ وَقَع صَحيحًا، وإن اتَّصل به الهَلاكُ ظَهَر أن الرَّدَّ لم يَصِحَّ، وكأنها هَلَكت عندَ الغاصِبِ.

وصار كما لو جَنَت عندَ الغاصِبِ، ثم رَدَّها، ثم قُتِلت بتلك الجِنايةِ عندَ المالِكِ، أو دُفِعت بتلك الجِنايةِ، بأن كانت الجِنايةُ خطأً، فإنه يَرجِعُ على الغاصِب بِقيمتها[4] كأنه لم يَرُدَّها أصلًا، كذا هذا.

---

(١) في نسخة على حاشية (ج): فحدث.

(٢) في (هـ): فماتت بالولادة.

(٣) في (ب): متردد لأنها.

(٤) في (أ): بقيمتها عليه.

فصل في غصب ما لا يتقوم(١)

بخِلاف الحُرّةِ، وإتلافِ مَنفَعةٍ(ف ك)، وخَمرِ مُسلِمٍ، وخِنزيرِه، ولو كانا لذِمِّيٍّ ضَمِن(ف)، وإن أسلَم(س و) بعدَه.

بخِلاف الحُرّةِ؛ لأنها لا تُضمَنُ(٢) بالغَصب والأخذِ؛ ليَبقى عندَ فَسادِ الرَّدِّ ضَمانُ الأخذِ.

وفصلُ الشِّراءِ.. قِيل: هو مَمنوعٌ، ولئن سُلِّم فالواجِبُ على البائِع تَسليمُ الْمَبيعِ إلى الْمُشتَري على الوَجه الذي تَناوَله العقدُ، وهو أنه مالٌ مُتقوَّمٌ، وقد وُجِد ذلك، والتَّردُّدُ يَمنعُ صِحّةَ الرَّدِّ؛ لأن الواجِبَ عليه أن يَرُدَّه(٣) كما قَبَضه، ولم يُوجَد، ولا يَمنعُ صِحّةَ القبضِ والتَّسليمِ الْمُبتدَأِ.

والزِّنى يُوجِبُ جلدًا مُؤلِمًا غيرَ جارِحٍ ولا مُتلِفٍ، ولهذا يُختارُ سَوطٌ لا ثَمرةَ له، فلم يكن الهَلاكُ مُضافًا إلى السَّبَب الذي كان عندَ الغاصِبِ.

بخِلاف الحُمّى؛ فإن الهَلاكَ لم يكن بالسَّبَب الذي كان عندَ الغاصِبِ، بل لضَعف الطَّبيعةِ عن دَفع آثارِ الحُمّى الْمُتواليةِ، وذا لا يَحصُلُ بأوَّل الحُمّى عندَ الغاصِبِ، وهي

---

(١) هذا العنوان مثبت من (ج)، وهو كذلك في «الهداية» ٤/ ٣٠٤. لكنه في (ج) موضوع عند قوله: (وإذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره) فوضعته هنا ليكون شاملًا للمسألة من أولها.

(٢) في (ج): لأنها لم تضمن، وفي (د): لأنها تضمن.

(٣) في (هـ): يؤجره.

غيرُ مُوجِبةٍ لِما كان بعدَه.

أما الحَمْلُ: فيُوجِبُ انفِصالَ الولَدِ، وانفِصالُ الولَدِ يُوجِبُ آلام الوِلادةِ، فما يَحدُثُ به يَكونُ مُضافًا إلى السَّبَب الأوَّلِ.

والْمَنافِعُ لا تُضمَنُ بالغَصب والإتلافِ عندَنا، إلا أن يَنقُصَ باستِعماله، فيَغرَمَ النُّقصانَ.

وصُورةُ غصبِ الْمَنافِعِ: أن يَغصِبَ عبدًا، ويُمسِكَه شهرًا ولا يَستعمِلَه، ثم يَرُدَّه على سَيِّده.

وصُورةُ إتلافِ الْمَنافِعِ: أن يَستعمِلَ العبدَ شهرًا، ثم يَرُدَّه على سَيِّده.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُها، فيَجِبُ أجرُ الْمِثلِ، سَواءٌ عَطَّلها أو استعمَلها.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن سَكَن الدّارَ يَجِبُ أجرُ الْمِثلِ، وإن عَطَّلها لا شيءَ عليه.

للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الْمَنافِعَ أموالٌ مُتقوَّمةٌ مَضمونةٌ بالعُقود، فكذا بالغُصوب، كالأعيان؛ وهذا لأن المالَ اسمٌ لِما هو غيرُنا، مَخلوقٌ لِمَصالِحنا، والْمَنافِعُ بهذه الصِّفةِ، ولهذا تَصلُحُ صَداقًا، والْمَشروعُ هو الابتِغاءُ[1] بالمال.

ألا تَرى أن الإجارةَ من التِّجارة، وهي مُبادَلةُ مالٍ بمالٍ، والْمَأذونُ أو الشَّريكُ يَملِكُ الإجارةَ، ولا يَملِكُ مُبادَلةَ مالٍ بما ليس بمالٍ، والأعيانُ إنما كانت أموالًا باعتِبار ما يَتعلَّقُ بها من الْمَنافِعِ، ولهذا تَقِلُّ ماليّةُ العَينِ إذا قَلَّ الانتِفاعُ به، فإذا كانت الأعيانُ أموالًا باعتِبار مَنافِعِها.. فلأن تكونَ الْمَنافِعُ أموالًا بنفسها أَولى.

وهي مُتقوِّمةٌ؛ لأن التَّقوُّمَ عِبارةٌ عن العِزّة، والْمَنافِعُ عَزيزةٌ عندَ النّاسِ، ولهذا

---

(١) في (هـ): الانتفاع.

يَبذِلون الأعيانَ لأَجلها؛ ألا تَرى أنها تُقوِّمُ[1] الأعيانَ، فاستَحال أن لا تكونَ مُتقوِّمةً بنَفسها، ولأن اعتِياضَ المالِ عن الْمَنفَعة صَحيحٌ شرعًا، والاعتِياضُ عما ليس بمُتقوِّمٍ لا[2] يَجوزُ، كالخَمر وحبّةِ سِمسِمٍ.

ولنا: ما رُوِي أن عمرَ[3] وعليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حكَما في وَلَد الْمَغرورِ أنه حُرٌّ بالقِيمة، وأوجَبا على الْمَغرور ردَّ الجارِيةِ مع عُقرِها، ولم يُوجِبا قِيمةَ الخِدمةِ، مع عِلمِهما أن الْمَغرورَ كان يَستخدِمُها، ومع طلَبِ الْمُدَّعي لجَميع حقِّه[4]، فلو كان ذلك واجِبًا له لَمَا حَلَّ لهما السُّكوتُ عن بَيانه.

ولأن الْمَنافِعَ حَدَثت على مِلك الغاصِبِ، فلا تكونُ مَضمونةً عليه؛ لأن الإنسانَ

---

(١) في (أ): تقدم.

(٢) سقطت من (أ).

(٣) في (هـ): عثمان.

(٤) روى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٠٥٤٠) عن علي في رجل اشترى جاريةً فولدت منه أولادًا، ثم أقام رجل البينة أنها له، قال: ترد عليه، ويُقَوَّم عليه ولدُها، فيغرم الذي باعها ما غررها. انتهى، (٢١٠٦٠) عن سليمان بن يسار: أن أمة أتت قومًا فغرتهم، وزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل، فولدت له أولادًا فوجدوها أمة، فقضى عمر بقيمة أولادها، في كل مغرور غرة. انتهى، (٢١٠٦١) عن خلاس: أن أمة أتت طيئًا فزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل، ثم إن سيدها ظهر عليها، فقضى عثمان أنها وأولادها لسيدها، وجعل لزوجها ما أدرك من متاعه، وجعل فيهم السُّنّة، في كل رأس رأسين. انتهى، (٢١٠٦٢) عن الشعبي قال: سألته عن جارية أتت قومًا فزعمت أنها حرة، فرغب فيها رجل فتزوجها، فولدت له أولادًا، ثم علموا أنها أمة، فجاء مولاها فأخذها، قال: يأخذ المولى أمته، ويفدي الأب أولاده، بغرة غرة. انتهى، (٢١٠٦٣) عن سعيد بن المسيب قال: في ولد كل مغرور غرة. انتهى، وفي «الموطأ» (٢/ ٧٤١) في كتاب الأقضية: مالك: أنه بلغه أن عمر بن الخطاب أو عثمان بن عفان قضى أحدهما في أمة غرت رجلًا بنفسها، فذكرت أنها حرة، فتزوجها، فولدت له أولادًا، فقضى أن يفدي ولده بمثلهم، قال مالك: وتلك القيمة عندي. انتهى.

لا يَضمَنُ مِلكَ نفسِه؛ وهذا لأنها حَدَثت بفِعله وكسبِه وفي يَده، والكسبُ للكاسِب؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «كلُّ النّاسِ أحقُّ بكَسبه»(١).

ولئن سَلَّمنا حُدوثَها على مِلك المالِكِ فلا يُتصوَّرُ غصبُها واستِهلاكُها، فلا يَجِبُ عليه ضَمانُ الغصبِ والاستِهلاكِ؛ لأنها أعراضٌ لا تَبقى، وما لا يَبقى لا يُتصوَّرُ غصبُه وإتلافُه؛ لأن إتلافَ الشَّيءِ أو غصْبَه إنما يَرِدُ في حال بَقائِه، فإذا لم تكن الْمَنافِعُ باقِيةً استَحال إتلافُها وغصبُها.

ولأنه إما أن يَرِدَ عليها الإتلافُ قبلَ الوُجودِ، أو في حال الوُجودِ، أو بعدَ الوُجودِ..

لا يَجوزُ الأوَّلُ؛ لأن إتلافَ الْمَعدومِ مُحالٌ.

ولا الثّاني؛ لأنه إذا اعترَض على الوُجود رَفَعه، فإذا قارَنه مَنَعه ضَرورةً، والإتلافُ إبطالُ الوُجودِ لا المنعُ من الوُجود.

ولا الثّالثُ؛ لأنها مَعدومةٌ في تلك الحالِ، ولا(٢) يُتصوَّرُ إتلافُ الْمَعدومِ، ولئن سَلَّمنا تَصوُّرَ غصبِها فلا يُمكِنُ تَضمينُها؛ لأنها لو صارت مَضمونةً على الغاصِب فإما أن يَضمَنَ بالْمَنافِع، وهو باطِلٌ، ولم يَقُل به أحدٌ؛ فإن الحُجَرَ الْمَبنيّةَ على تَقطيعٍ واحِدٍ، وتُؤجَرُ(٣) بأُجرةٍ واحِدةٍ: لا تُضمَنُ مَنفَعةُ إِحدى الحُجَرِ بالأُخرى أو بالأَعيان، وهو باطِلٌ أيضًا؛ لأنها لا تُماثِلُ الأعيانَ؛ لأن الْمَنافِعَ أعراضٌ لا تَبقى وقتَين، والعَينُ تَبقى أوقاتًا، وبينَ ما يَبقى وبينَ ما لا يَبقى تَفاوُتٌ عَظيمٌ.

---

(١) رواه الدارقطني (٤٥٦٨) والبيهقي (١٥٧٥٣) عن حبان بن أبي جبلة قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كل أحد أحق بماله من والده وولده والناس أجمعين».

(٢) في (د) و(هـ): فلا.

(٣) في (ب) و(د): تؤجر.

وضَمانُ العُدوانِ مَبنيٌّ على الْمُماثَلة بالنَّصِّ[1] والإجماعِ، ولهذا لا يُضمَنُ الجيِّدُ بالرَّديء، والنَّقدُ بالدَّين، وماليّةُ الشَّيءِ إنما تَثبُتُ بالتَّمول، وهي صِيانةُ الشَّيءِ وادِّخارُه للحاجة، وذا لا يُتصوَّرُ فيها، وكيف تكونُ مُتقوَّمةً والتَّقوُّمُ لا يَسبِقُ الوُجودَ؟! والإحرازِ[2]، والإحرازُ لا يُتصوَّرُ فيما لا يَبقى زَمانَين، وإنما ثَبَت حُكمُ التَّقوُّمِ للمَنفَعة شرعًا عندَ وُرودِ العقدِ عليها باعتِبار إقامةِ العَينِ مُقامَ الْمَنفَعةِ للضَّرورة والحاجةِ.

وبَطَلت الْمُقايَسةُ: لأن للرِّضا أثَرًا في إيجاب الأُصولِ والفُصولِ جَميعًا، فالمالُ يَجِبُ بالشَّرط مُقابَلًا بغَير مالٍ، ويَجوزُ بيعُ عبدٍ قِيمتُه ألفٌ بألوفٍ، وشيءٌ من ذلك لا يَثبُتُ بالعُدوان، وكلُّ قِياسٍ لا يَقومُ إلا بوصفٍ به يَقَعُ الفرقُ بينَ الفرعِ والأصلِ.. فهو باطِلٌ، إلا أن ما انتَقَص باستِعماله مَضمونٌ عليه؛ لأنه أتلَف بعضَ أجزاءِ العَينِ.

وإذا أتلَف الْمُسلِمُ خمرَ الذِّمِّيِّ أو خِنزيرَه: ضَمِن قِيمتَهما، وإن أتلَفهما لِمُسلِمٍ لم يَضمَن.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَضمَنُهما لذِمِّيٍّ[3] أيضًا.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا أتلَفهما ذِمِّيٌّ على ذِمِّيٍّ، أو باعهما ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ، فعندَنا: يَصِحُّ البيعُ، وعندَه: لا يَصِحُّ.

له: أنهما ليسا بمُتقوَّمَين في حقِّ الْمُسلِمِ، فوَجَب أن لا يَكونا مُتقوَّمَين في حقِّ الذِّمِّيِّ أيضًا؛ لأنهم أتباعٌ لنا في الأحكام، قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «فإذا قَبِلوا عقدَ الذِّمّةِ فأعلِمْهم

---

(١) في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦]، وقوله سبحانه: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

(٢) معطوف على قوله: بالتمول.

(٣) في (ب): الذمي، وفي (هـ): للذمي.

أن لهم ما للمُسلِمين، وعليهم ما على الْمُسلِمين»[1]، فتبيَّن أن كلَّ حُكمٍ يَثبُتُ في حقِّ الْمُسلِمِ يَثبُتُ في حقِّ الذِّمِّيِّ.

ولأن عقدَ الذِّمّةِ خَلَفٌ عن الإسلام، فكلُّ حُكمٍ يَثبُتُ بالإسلام يَثبُتُ بعَقد الذِّمّةِ، وإذا سَقَط تقوُّمُهما في حقِّ الذِّمِّيِّ فقد وَرَد الإتلافُ على ما ليس بمُتقوِّمٍ، فلا يَكونُ سببًا لوُجوب الضَّمانِ.

وكذا البيعُ الوارِدُ عليه لا يَصِحُّ؛ لأنه لم يُصادِف محَلَّه، وهو المالُ الْمُتقوِّمُ، وصار كما لو باع مُسلِمٌ من مُسلِمٍ خمرًا.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٥٥: قال المصنف: وأهل الذمة في المبايعات كالمسلمين، لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في ذلك الحديث: «فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين، وعليهم ما عليهم»، قلت: لم أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف، ولم يتقدم في هذا المعنى إلا حديث معاذ، وهو في كتاب الزكاة، وحديث بريدة وهو في كتاب السير، وليس فيهما ذلك. انتهى.

قلت: روى النسائي في «الكبرى» (٨٦٢٧) عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال: كان رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا بعث أميرًا على جيش أو سرية دعاه فأوصاه في خاصة نفسه ومن معه من المسلمين خيرًا، وقال: «اغزوا باسم الله، ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليدًا، وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى ثلاث، فإن أجابوك إليها فاقبل منهم وكف عنهم.. ادعهم إلى الإسلام، فإن فعلوا فأخبرهم أن لهم ما للمسلمين، وأن عليهم ما على المسلمين، ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين، فإن فعلوا فأخبرهم أن لهم ما للمهاجرين، وأن عليهم ما على المهاجرين، فإن هم أسلموا واختاروا دارهم فأخبرهم أنهم كأعراب المؤمنين، يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين، -أو قال:- على المسلمين، وأن ليس لهم في الغنيمة والفيء شيء، فإن هم أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن هم فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم، فإن أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم...» الحديث. وليس فيه محل الشاهد للمصنف لكن عبارة المصنف هي في هذا الحديث فيمن أسلم، وأما من قبل الجزية ففيه الأمر بالكف عنهم وحسب.

ولنا: أنه أتلَف مالًا مُتقوَّمًا في حقِّ الْمُتلَفِ عليه، فوَجَب أن يَضمَنَ، كما لو أتلَف شاتَه أو خَلَّه؛ وهذا لأن الخمرَ مالٌ مُتقوَّمٌ في حقِّ أهلِ الذِّمّةِ؛ لأنها كانت مُتقوَّمةً في شَريعة من قبلَنا وفي صَدر شَريعتِنا.

والأصلُ: أن ما ثَبَت يَبقى إلى أن يُوجَدَ الْمُزيلُ، والْمُزيلُ -وهو قولُه تَعالى: ﴿رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠] - وُجِد في حقِّنا بدَليل السِّباقِ والسِّياقِ، فبَقِي في حقِّ من لم يَدخُل تحتَ هذا الخِطابِ على ما كان من قبلُ.

ولأن حُرمةَ العَينِ وفَسادَ التَّقوُّمِ ثَبَتا بخِطاب الشَّرعِ، وقد أُمِرنا أن نَترُكَهم وما يَدِينون[1] لِمَكان عقدِ الذِّمّةِ، فقَصُر الخِطابُ حيث لم يَعتقِدوا رِسالةَ الْمُبلِّغِ، وانقَطَعت وِلايةُ الإلزامِ بالسَّيف أو الْمُحاجّةِ لِمَكان عقدِ الذِّمّةِ، فصار كأن الخِطابَ غيرُ نازِلٍ في حقِّهم، فيَبقى الحُكمُ على ما كان[2].

بخِلاف المَيْتةِ والدَّمِ؛ لأنه لا يَدينُ تَموُّلَهما أحدٌ من أَهل الأديانِ، إلا أنه تَجِبُ قِيمةُ الخمرِ وإن كانت من ذَوات الأمثالِ: لأن الْمُسلِمَ مَمنوعٌ عن تَمليك الخمرِ؛ لأن فيه إعزازًا لها.

بخِلاف ما إذا جَرَت الْمُبايَعةُ بينَ ذِمِّيَّين؛ لأن الذِّمِّيَّ غيرُ مَمنوعٍ عن تَمليك الخمرِ وتَملُّكِها.

وهذا بخِلاف الرِّبا؛ فإنه يَتعرَّضُ لهم في إِبطال عُقودِ الرِّبا؛ لأنّا لم نَضمَن لهم ترْكَ التَّعرُّضِ في ذلك مع قولِ رَسولِ اللهِ ﷺ: «ألا من أَربى فليس بينَنا وبينَه

---

(١) يستفاد هذا من قوله ﷺ في الحديث الآنف الذكر: «فإن هم أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن هم فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم».

(٢) في (ج): على ما كان من قبل.

عهدٌ»(١)؛ وهذا لأن ذلك فِسقٌ منهم في الاعتِقاد لا دِيانةً، فقد ثَبَت بالنَّصِّ حُرمةُ الرِّبا في اعتِقادهم، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [النِّساء: ١٦١].

وبخِلاف العبدِ الْمُرتدِّ يَكونُ للذِّمِّيِّ؛ فإنه يُقتَلُ؛ فإنّا ما ضَمِنّا لهم ترْكَ التَّعرُّضِ في ذلك: لِما فيه من الاستِخفاف(٢) بالدِّين.

وبخِلاف ما لو أتلَف مَتروكَ التَّسميةِ عامِدًا على الشّافعيِّ؛ فإن وِلايةَ الإلزامِ بالْمُحاجّة والدَّليلِ ثابِتةٌ(٣)، وقد ثَبَت لنا بالنَّصِّ أن مَتروكَ التَّسميةِ حَرامٌ ليس بمالٍ(٤)، فلهذا لا يُعتبَرُ اعتِقادُهم في إيجاب الضَّمانِ.

وإن أتلَف ذِمِّيٌّ خمرَ ذِمِّيٍّ، ثم أسلَم الْمُتلِفُ(٥).. فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ -وهو

---

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٢٠٣: غريب، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣٧٠١٥) عن الشعبي قال: كتب رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى أهل نجران -وهم نصارى-: «أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له». انتهى، وهو مرسل، ورواه أبو عبيد في كتاب «الأموال» (٥٠٣) أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صالح أهل نجران، فكتب لهم كتابًا: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما كتب محمد النبي رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لأهل نجران -إذ كان له حكمه عليهم- أن في كل سوداء وصفراء وبيضاء وحمراء، وثمرة ورقيق: ألفي حلة، في كل صفر ألف حلة، وفي كل رجب ألف حلة، على أن لا يُحشَروا، ولا يُعشَّروا، ولا يأكلوا الربا، فمن أكل منهم الربا فذمتي منه بريئة». مختصر، قال أبو عبيد: وإنما غَلّظ عليهم أكل الربا دون غيره من المعاصي، مع أنهم يُمكَّنون مما هو أعظم منه كالشرك وشرب الخمر وأكل الخنزير، وغير ذلك: لأن في منعهم منه كف المسلمين عن أكل الربا، ولولا المسلمين لكانوا في الربا كسائر ما هم فيه من المعاصي، والله أعلم. انتهى كلامه.

(٢) كذا في (ج)، وفي (أ) غير منقوطة، وفي سواهما: الاستحقاق.

(٣) في (هـ): تامة.

(٤) وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١].

(٥) في (ج): الذمي.

رِوايةٌ[1] عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ-: يَبرأُ عن الضَّمان؛ لأنه حينَ أتلَف كان ذِمِّيًا، فيَضمَنُ مِثلَه، وحينَ أسلَم لا يَجوزُ له تَمليكُ الخمرِ من الذِّمِّيِّ، ولا يُمكِنُ إيجابُ قِيمةِ الخمرِ عليه؛ لأنه حينَ أتلَف لم يكن إتلافُه سببًا لإيجاب قِيمةِ الخمرِ عليه، ولم يُوجَد بعدَ ذلك سببٌ للوُجوب.

وعندَ[2] محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ -وهو رِوايةٌ[3] عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ-: عليه قِيمةُ الخمرِ؛ لأنه لا يُمكِنُ إيجابُ الخمرِ؛ لأنه مُسلِمٌ، ولا يُمكِنُ إبراؤُه عن الضَّمان؛ لأن الْمُتلَفَ عليه ذِمِّيٌّ، والخمرُ في حقِّه مالٌ مُتقوَّمٌ، وقد أمكَن إيجابُ القِيمةِ، فتَجِبُ.

وفي الخِنزير بَقِي[4] الضَّمانُ بإسلامهما أو إسلامِ أحَدِهما؛ لأن الواجِبَ بغَصب الخِنزيرِ القِيمةُ، والإسلامُ لا يُنافِيها[5].

وإن غَصَب من مُسلِمٍ خمرًا، فخَلَّل، أو جِلدَ مَيْتةٍ، فدَبَغ: أخَذهما، ورَدَّ ما زاد الدِّباغُ، وإن أتلَفهما: ضَمِن الخَلَّ فقط(س م).

وإن غَصَب من مُسلِمٍ خمرً فخَلَّلها، أو جِلدَ ميْتةٍ فدبَغه: فللمالِك أن يَأخُذَ الخلَّ[6] بغَير شيءٍ، ويَأخُذَ جِلدَ الميْتةِ، ويَرُدَّ عليه ما زاد الدِّباغُ فيه.

والْمُرادُ به: التَّخليلُ بالنَّقل من الشَّمس إلى الظِّلّ، ومن الظِّلِّ إلى الشَّمس، والدِّباغةُ بما له قِيمةٌ، كالقَرَظ والعَفْصِ ونحوِ ذلك.

---

(١) في (أ): روايته.

(٢) في (هـ): وعن.

(٣) في (أ): روايته.

(٤) في (ج): يبقى.

(٥) في (هـ): ينافيهما.

(٦) في (هـ): الكل.

والفرقُ: أن هذا التَّخليلَ تَطهيرٌ له، فلا يُضافُ إليه التَّقوُّمُ والماليَّةُ؛ وهذا[1] لأن نَجاسةَ الخمرِ قابِلةٌ للزَّوال؛ لأنها باعتِبار الخَمْريّةِ، وقد زالت، فصار التَّخليلُ كغَسل الثَّوبِ النَّجِسِ، ومن غَصَب ثَوبًا نَجِسًا وطَهَّره لا يَزولُ الثَّوبُ عن مِلك المالِكِ به، كذا هنا، وبهذا الدِّباغِ اتَّصل بالجِلد مالٌ مُتقوَّمٌ للغاصِب، كالصِّبغ في الثَّوب، فكان بمَنزِلة الصَّبغِ، فلهذا يَأخُذُ الخلَّ بغَير شيءٍ، ويَأخُذُ الجِلدَ ويُعطِي ما زاد الدِّباغُ فيه.

ومَعناه: أن يُنظَرَ إلى قِيمته ذكِيًّا غيرَ مَدبوغٍ، وإلى قِيمته مَدبوغًا، فيَضمَنَ فضلَ ما بينَهما.

وللغاصِب حبسُه حتى يَستوفيَ حقَّه، كالبائِع له حقُّ حبسِ الْمَبيعِ إلى أن يَستوفيَ الثَّمنَ.

وإن استَهلَكهما الغاصِبُ ضَمِن الخلَّ ولم يَضمَن الجِلدَ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا: يَضمَنُ قِيمةَ الجِلدِ مَدبوغًا، ويُعطي ما زاد الدِّباغُ فيه.

ولو هَلَك الجِلدُ والخلُّ في يَده لا[2] يَضمَنُ بالإجماع.

أما الخلُّ: فلأنه أتلَف مالًا مُتقوَّمًا خالِصًا للمَغصوب منه مِثليًّا، فيَضمَنُ مِثلَه.

وأما الجِلدُ: فلهما: أن الجِلدَ مالٌ مُتقوَّمٌ للمالِك، فيَضمَنُه مَدبوغًا بالاستِهلاك؛ إذ الدِّباغُ بمَنزِلة الغَسلِ، ويُعطِيه ما زاد الدِّباغُ فيه، كما لو غَصَب ثَوبًا فصَبغَه، ثم استَهلكه، فإنه يَضمَنُه، ويُعطِيه المالِكُ ما زاد الصِّبغُ فيه، ولأنه وَجَب عليه الرَّدُّ، فإذا تَعذَّر ردُّ عَينِه باستِهلاكه يَجِبُ عليه ردُّ قِيمتِه، كما في الْمُستَعار، وبه فارَق الهَلاكَ بنَفسه حيث لم يُفوِّت.

وقولُهما: (يُعطِي ما زاد الدِّباغُ فيه): مَحمولٌ على اختِلاف الجِنسِ، بأن قُضِي

(١) مثبتة من (أ) و(ج).

(٢) سقطت من (د).

لأحَدهما بالدَّراهِم، وللآخر بالدَّنانيرِ؛ إذ القاضِي إنما يَقضي بما يُشترَى به في الأَسواق ويُباعُ، أما عندَ اتِّحادِه، بأن قوَّمهما بالدَّراهِم أو بالدَّنانير: فحينَئذٍ يُطرَحُ عنه ذلك القَدْرُ، ويُؤخَذُ منه الباقِي؛ لأنه لا فائِدةَ في الأَخذ منه ثم الرَّدِّ عليه.

وله: أن تَقوُّمَ الجِلدِ تابعٌ لِما زاد الدِّباغُ فيه؛ لأن ظُهورَ الماليّةِ والتَّقوُّمِ مُضافٌ إلى الدِّباغ، والأصلُ غيرُ مَضمونٍ عليه بالقِيمة، فكذا البائِعُ.

بخِلاف الذَّكيِّ والثَّوبِ؛ لثُبوت التَّقوُّمِ فيهما قبلَ الدَّبغِ والصَّبغِ، فلم يكن مُضافًا إليه، وبخِلاف وُجوبِ الرَّدِّ حالَ قِيامِه؛ لأنه تابعٌ للمِلك، والجِلدُ في حقِّ الْمِلكِ غيرُ تابعٍ للصَّنعة؛ لثُبوت الْمِلكِ قبلَ الصَّنعِة وإن لم يكن مُتقوَّمًا.

ولو كان قائِمًا، فأَراد المالِكُ أن يَترُكَه على الغاصِب في هذا[1] الوجهِ، ويُضمِّنَه قِيمتَه.. قِيل: ليس له ذلك؛ لأن الجِلدَ لا قِيمةَ له، فلا يُمكِنُه تَضمينُه؛ لأن التَّضمينَ للمُتقوَّم، بخِلاف صَبغِ الثَّوبِ؛ لأن له قِيمةً، فكان له تركُ الثَّوبِ عليه وأخذُ القِيمةِ.

وقِيل: ليس له ذلك عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: له ذلك؛ لأنه إذا تَركه عليه فقد عَجَز الغاصِبُ عن ردِّه، فصار كعَجزه بالاستِهلاك، وهو على هذا الخِلافِ على ما مَرّ.

ثم قِيل: يُضمِّنُه قِيمةَ جِلدٍ مَدبوغٍ، ويُعطِيه ما زاد الدِّباغُ فيه، كما في مَسألة الاستِهلاكِ، وقِيل: قِيمةَ جِلدٍ ذَكيٍّ غيرِ مَدبوغٍ؛ لأنه مُلحَقٌ بالذَّكي.

وإن دَبَغه بما لا قِيمةَ له، كالتُّراب والشَّمسِ: فلصاحِبه أن يَأخُذَ الجِلدَ، ولا شيءَ عليه؛ لأنه ليس فيه مالٌ مُتقوَّمٌ للغاصِب، فكانت الدِّباغةُ إظهارًا للماليّةِ والتَّقوُّمِ، فصارت كغَسل الثَّوبِ.

---

(١) في (ب) و(د): ذلك.

فإن استهلكه الغاصبُ يَضمَنُ قِيمتَه طاهِرًا غيرَ مَدبوغٍ؛ لأنه الْمُحصِّلُ لوَصف الدِّباغةِ، فلا يَضمَنُه.

والجُمهورُ على أنه يَضمَنُ قِيمتَه مَدبوغًا؛ لأن صِفةَ الدِّباغةِ تابِعةٌ للجِلد، فمتى صار الأصلُ مَضمونًا تَبِعه وصفُه في الضَّمان.

وإن خَلَّل الخمرَ بإِلقاء الْمِلحِ فيه: فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: صار مِلكًا للغاصِب، ولا شيءَ عليه، وعندَهما: يَأخُذُه المالِكُ، ويُعطي الغاصِبَ ما زاد الْمِلحُ فيه، بمَنزِلة دبغِ الجِلدِ وصَبغِ الثَّوبِ.

ومَعناه هنا: أن يُعطيَ مِثلَ وزنِ[1] الْمِلحِ من الخلّ.

فإن أَراد المالِكُ ترْكَه عليه وتَضمينَه: فهو على ما قِيل وقِيل في دَبغ الجِلدِ، كما بَيَّنّا آنِفًا.

ولو استَهلَكه: لا يَضمَنُه عندَه، خِلافًا لهما، كما في دَبغ الجِلدِ.

وإن خَلَّلها بصبِّ الخلِّ فيها: فعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن صار خلًّا من ساعته يَصيرُ مِلكًا للغاصِب، ولا ضَمانَ عليه؛ لأنه استَهلَك ما ليس بمُتقوِّمٍ، وإن لم يَصِر خلًّا إلا بعدَ زَمانٍ، بأن كان الخلُّ الْمَصبوبُ قَليلًا: فهو بينَهما على مِقدار كَيلِهما؛ لأنه صار في التَّقدير خلْطَ الخلِّ بالخلّ، وهو ليس باستِهلاكٍ على أصل محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعلى قِياس قولِ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو للغاصِب في الوَجهَين.

ولا شيءَ عليه في الوَجهَين؛ لأن نفسَ الخلطِ استِهلاكٌ عندَه، ولا ضَمانَ في الاستِهلاك؛ لأنه أتلَف مِلكَ نفسِه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَضمَنُ بالاستِهلاك في الوَجه الأوَّلِ؛ لأنه أتلَف مِلكَ

(١) في (هـ): قدر.

نفسِه، وفي الوَجه الثّانِي: يَضمَنُ؛ لأنه أتلف مِلكَ غيرِه.

وقال بعضُ الْمَشايخِ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: للمالِك أن يَأخُذَ الخلَّ في الوُجوه كلِّها بغير شيءٍ؛ لأن الْمَصبوبَ فيه يَصيرُ مُستهلكًا في الخَمر، فلم يَبقَ مُتقوَّمًا.

وضَمِن بكَسر مِعزَفٍ(س م)، وإراقةِ(س م) سَكَرٍ[1]، ومُنصَّفٍ(س م)[2]، وشَقِّ زِقٍّ(س)[3] خمرِ مُسلِمٍ، وصحَّ بيعُها(س م)، وغصبِ مُدبَّرٍ، لا أُمِّ وَلَدٍ(س م)، ولا يَملِكُه.

ومن كَسَر لِمُسلِمٍ بَرْبَطًا[4]، أو طبلًا، أو مِزمارًا، أو دُفًّا، أو شيئًا من الْمَعازِف، أو أَراق له سَكَرًا أو مُنصَّفًا: فهو ضامِنٌ.

وصَحَّ بيعُ هذه الأشياءِ.

وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقالا: لا يَضمَنُ، ولا يَصِحُّ بيعُها[5].

ولو شَقَّ زِقَّ خمرِ مُسلِمٍ: لم يَضمَن الزِّقَّ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ.

وقِيل: الخِلافُ في الدُّفِّ والطَّبلِ اللَّذين يُضرَبان للَّهو، فأما طبلُ الغُزاةِ والدُّفُّ

(١) السَّكَر بفتحتين.. يقال: هو عصير الرطب إذا اشتد. «المصباح» ١/ ٢٨١. السكر... وهو خمر التمر، وهو النِّيءُ من مائه. «الطلبة» ص٧٠.

(٢) المنَصَّف من العصير: اسم مفعول، ما طبخ حتى بقي على النصف. «المصباح» ٢/ ٦٠٨.

(٣) الزِّقّ بالكسر: الظرف، وبعضهم يقول: ظرف زفت أو قير، والجمع أزقاق وزقاق وزُقّان مثل: كتاب ورغفان. «المصباح» ١/ ٢٥٤. الزق: السقاء، وجمع القلة أزقاق، والكثير زقاق وزقان، مثل ذئاب وذؤبان. «مختار الصحاح» ص١٣٦.

(٤) البربط -مثال جعفر-: من ملاهي العجم، ولهذا قيل معرب، وقال ابن السكيت وغيره: والعرب تسميه المزهر والعود. «المصباح» ١/ ٤١.

(٥) هذه الفقرة والتي قبلها مثبتتان من (أ) و(ج).

الذي يُباحُ ضربُه في العُرس: فيضمَنُهما بالإتلاف بلا خِلافٍ.

وقال صدرُ الإسلامِ في «الجامعِ الصَّغيرِ»: الفَتوى في الضَّمان على قَولهما؛ لكَثرة الفَسادِ فيما بينَ النّاسِ.

والسَّكَرُ: النِّيءُ من ماء الرُّطَب إذا اشتَدّ.

والْمُنصَّفُ: ما ذَهَب نِصفُه بالطَّبخ.

وفي جَواز بيعِ الباذِقِ وتَضمينِه -وهو: الْمَطبوخُ أَدنى طَبخةٍ- عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ رِوايتان.

لهما: أنها أُعِدَّت للمَعصِية، فسَقَط تَقوُّمُها، كالخَمر، ولأنه فَعَل ما فَعَل بإِذن الشَّرعِ؛ لأن ما فَعَله من باب الأمرِ بالْمَعروف، قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «بُعِثت بكَسر[1] الْمَزاميرِ وقتلِ الخَنازيرِ»[2]، وقال: «إذا رَأى أحدٌ منكم مُنكَرًا فلْيُنكِر[3] بيَده، فإن لم يَستطِع فبِلسانه، فإن لم يَستطِع فبقَلبه»[4].

فكان كسرُها أمرًا بالْمَعروف ونهيًا عن الْمُنكَر باليَد، فلا يَضمَنُ به؛ ألا تَرى أنه لو فَعَله بأَمر نائِبِ الشَّرعِ -وهو الإمامُ- لا يَضمَنُ، فإذا فَعَله بأَمر الشَّرعِ أَولى.

(١) في (هـ): لكسر.

(٢) لم أقف عليه بهذا السياق، وروى صدره البزاز في «الغيلانيات» (٨٤)، والآجري في «تحريم النرد» (٥٩)، وأما قتل الخنازير: فقد روى أبو عبيد في «الأموال» (١٣٠) عن الليث بن أبي سليم: أن عمر كتب إلى العمال يأمرهم بقتل الخنازير، وتقتص أثمانها لأهل الجزية من جزيتهم.

(٣) في (هـ): فلينكره.

(٤) رواه البيهقي في «الشعب» (٧١٥٣) وصدره عنده: «من رأى منكم منكرًا فلينكر بيده...»، ورواه مسلم (٤٩) بلفظ: «من رأى منكم منكرًا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان».

ثم قال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ الزِّقَّ؛ لأنه مالٌ مُتقوِّمٌ، وإراقةُ الخمرِ بدُونه مُمكِنةٌ، فيَضمَنُ، كسائِر الأموالِ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قد لا يَتيسَّرُ له إراقتُها إلا بشقِّ الزِّقِّ، فصار ككَسر الْمَعازِفِ.

وله: أنه أتلَفَ مالًا يُنتفَعُ به من وجهٍ آخرَ سِوى اللَّهوِ، فلا تبطُلُ قِيمتُه لأَجل اللَّهوِ، كاستِهلاك الأمةِ الْمُغنِّيةِ؛ لأن الفَسادَ مُضافٌ إلى فِعل فاعِلٍ مُختارٍ، وجَوازُ البيعِ والتَّضمينِ شَيئان مَبنيّان على الماليّة والتَّقوُّمِ، وقد وُجِدا.

والأمرُ بالْمَعروف باليَد إلى الأُمَراء والوُلاةِ؛ لقُدرتهم، وليس لغَيرهم إلا باللِّسان، على أنه يَحصُلُ بالأَخذ والمنعِ بدُون الإتلافِ.

وتَجِبُ قِيمتُها غيرَ صالِحةٍ للَّهو، كما في الأَمة الْمُغنِّيةِ، والكبشِ النَّطوحِ، والحَمامةِ الطّيّارةِ، والدِّيكِ الْمُقاتِلِ، والعبدِ الخصِيِّ، فإنه تَجِبُ القِيمةُ غيرَ صالِحةٍ لهذه الأُمورِ.

وتَجِبُ قِيمةُ السَّكَرِ والْمُنصَّفِ لا الْمِثلُ؛ لأن الْمُسلِمَ مَمنوعٌ عن تَملُّك(١) عَينِه، وإن كان لو فَعَل ذلك جاز.

وهذا بخِلاف ما لو أتلَفَ صَليبَ نَصرانيٍّ؛ فإنه يَضمَنُ قِيمتَه صَليبًا؛ لأنه مالٌ مُتقوَّمٌ في حقِّه، وهو مُقَرٌّ عليه، ولا يَجوزُ التَّعرُّضُ له.

ومن غَصَب مُدبَّرًا أو أُمَّ ولَدٍ، فمات في يَده: ضَمِن قِيمةَ الْمُدبَّرِ بالاتِّفاق؛ لتَقوُّم الْمُدبَّرِ بالاتِّفاق، ولم يَضمَن قِيمةَ أُمِّ الولَدِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنها غيرُ مُتقوَّمةٍ عندَه، وعندَهما: يَضمَنُ؛ لتَقوُّمها(٢) عندَهما، ....

---

(١) في سوى (أ) و(ج): تمليك.
(٢) في (هـ): لتقومهما.

وقد قَرَّرنا بالدَّلائل[1] في العَتاق.

ولكن لا يَملِكُ الْمُدبَّرَ بأداء الضَّمانِ؛ لأنه لا يَقبَلُ النَّقلَ.

واختِيارُ تَضمينِ أَحَدِ الغاصِبَين: إبراءٌ للآخَر، إلا أن يَتجدَّدَ غصبُه.

واختِيارُ المالِكِ تَضمينَ أحدِ الغاصِبَين إبراءٌ للآخَر؛ لأن هذا ضَمانٌ لم يُشرَع إلا بمِلك الْمَضمونِ، فإذا اختَار تَضمينَ أَحَدِهما فقد مَلَّك الْمَضمونَ منه، فلا يَكونُ له أن يُملِّكَه من الآخَر، إلا أن يَتجدَّدَ غصبُه.

غَصَب مُدبَّرًا قِيمتُه ألفٌ، فزاد ألفًا، فغَصَبه آخَرُ، فأبَق أو مات: ضَمَّن أيًّا شاء مُذْ غَصَب، ورَجَع الأوَّلُ، وطاب له قَدْرُ غُرمِه، ووُقِف الفضلُ، فإن ظَهَر فلمالِكه، ورَدَّ ما أخَذ.

رَجُلٌ غَصَب مُدبَّرًا قِيمتُه ألفٌ، فزادت قِيمتُه في يَده فصارت ألفَين، فغَصَب منه آخرُ، فأبَق من يَد الثّانِي أو مات: فالمالِكُ يُضمِّنُ أيَّهما شاء مُذ غَصَب، أي له أن يُضمِّنَ الغاصِبَ الأوَّلَ ألفًا، وغاصِبَ الغاصِبِ ألفَين.

فإن ضَمَّن الأوَّلَ ألفًا رَجَع الأوَّلُ على الثّانِي بألفَين، وطاب له ألفٌ[2]؛ لأنه عَوَّضه مِثلَه، ووُقِف الألفُ الآخَرُ؛ لأن الْمِلكَ فيه غيرُ مُستقِرٍّ؛ لجَواز أن يَظهَرَ الْمُدبَّر، فإن ظَهَر يَعودُ على مِلك الْمَولى؛ لأنه لم يَزُل عن مِلكه، ويَجِبُ عليه ردُّ الألفِ على الغاصِب الأوَّلِ؛ لزَوال سببِ الضَّمانِ، ويَجِبُ على الغاصِب الأوَّلِ ردُّ الألفَين إلى الثّانِي.

فلو عاد إلى الثّانِي بعدَ اتِّباعِ الأوَّلِ قبلَ الاستِيفاءِ، فمات: لا يَضمَنُ، إلا أن يُمنَعَ منه، أو يَقتُلَه خطأً، فيَتَّبِعُ عاقِلتَه.

(١) في (ج): الدلائل.

(٢) مثبتة من (أ)، وفي (ج): الألف.

ثم المالِكُ إذا ضَمَّن الأوَّلَ، وعاد الْمُدبَّرُ إلى يَد الثّانِي بعدَ اتِّباعِ الْمَولى الأوَّلَ قبلَ الاستِيفاءِ، فمات في يَده: لا يَضمَنُ؛ لأنه بَرِئ عن ضَمان غصبِه حيث اختَار الْمَولى تَضمينَ الأوَّلِ، ولم يَحدُث منه بعدَ ذلك منعٌ، حتى لو طَلَب الْمَولى ومَنَعه، ثم مات: يَضمَنُ؛ لأن المنعَ من المالِك غصبٌ مُبتدأٌ.

وكذا إذا قَتَله الثّانِي خطأً فللمَولى أن يَرُدَّ الألفَ إلى الأوَّل، ويَتَّبعَ عاقِلةَ الثّانِي بألف[1] دِرهَمٍ.

ولو اتَّبَع الأوَّلَ بعدَ قتلِ الثّانِي، وهو يَعلَمُ أوْ لا: بَرِئ، وخُيِّر الأوَّلُ.

ولو لم يُضمِّن الْمَولى الأوَّلَ شيئًا حتى قَتَله الثّانِي، ثم ضَمَّن الأوَّلَ وهو يَعلَمُ بقَتل الثّانِي أوْ لا يَعلَمُ: بَرِئ الثّانِي، وخُيِّر الأوَّلُ؛ لأنه كان مُخيَّرًا بينَ تَضمينِ الأوَّلِ وتَضمينِ الثّانِي، فإذا اختَار الأوَّلَ بَطَل حقُّه قِبَلَ[2] الثّانِي، ثم الأوَّلُ قام مَقامَ المالِكِ في تَضمين الثّانِي، فإن شاء ضَمَّن الغاصِبَ الثّانيَ ضَمانَ الغصبِ، وإن شاء ضَمَّن عاقِلتَه ضَمانَ الجِنايةِ.

---

(١) في (أ) و(ج): بألفي.

(٢) في (هـ): من قبل.

[فصل في أحكام غصب الغصب ومسائل أخرى]

غَصَب عبدًا، وغَصَبه آخرُ، فأبق، فقال المالِكُ: (كان قِيمتُه ألفًا مُذْ غُصِب، وزاد ألفًا)، وقال الغاصِبُ: (نِصفَه، وزاد ألفًا ونِصفَه عِندي): فالقولُ للمالِك، ولو لم يَقُل: (زاد عِندي): صُدِّق.

رَجُلٌ غَصَب عبدًا، وغَصَبه آخرُ منه، فأبق، فقال المالِكُ للأوَّل: (كانت قِيمتُه ألفًا مُذ غَصَبتَه، ثم غَصَبه الثّانِي وقِيمتُه أَلفان)، وقال الغاصِبُ الأوَّلُ: (لا، بل غَصَبتُه وقِيمتُه خمسُمِائةٍ، وزاد ألفًا ونِصفَه عِندي): فالقولُ للمالِك في حقِّهما؛ لأن الظّاهِرَ شاهِدٌ له.

ولو لم يَقُل الغاصِبُ الأوَّلُ: (زاد عِندي): فالقولُ له؛ لإنكاره وُجودَ الزّائِدِ على خَمسمِائةٍ في يَده.

فإن ظَهَر وقِيمتُه زائِدةٌ: فلمالِكه أن يَرُدَّ ما أخذ، وأخذ عبدَه.

ولو اختار أخْذَ العبدِ، فقَتَله الثّانِي: أَمضى الفسخَ، واتَّبع العاقِلَةَ، أو نَقَضه، واتَّبع الأوَّلَ بقِيمته مُذْ غُصِب.

فإذا اختار أخذَ العبدِ، فقَتَله الغاصِبُ الثّانِي: يُخيَّرُ، إن شاء أَمضى الفسخَ واتَّبع العاقِلةَ، وإن شاء نَقَضه واتَّبع الأوَّلَ بقِيمته مُذ غَصَب.

الْمِلكُ في الْمَضمون لمن عليه قَرارُ الضَّمانِ، وإنما يَستنِدُ فيما بينَهما، إلا إذا اتَّصل به حُكمٌ شَرعِيٌّ.

الْمِلكُ في الْمَضمون لمن عليه قَرارُ الضَّمانِ، وإنما يَستنِدُ الْمِلكُ في الْمَضمون إلى وقتِ سَبَبِ الضَّمانِ[1] فيما بينَ الغاصِبِ والْمَغصوبِ منه، وأما في حقِّ غيرِهما: فيَقتصِرُ على وَقت أداءِ الضَّمانِ، إلا إذا اتَّصَل بالاستِناد حُكمٌ شَرعيٌّ يَمنَعُ من الاقتِصار.

والحقُّ الْمُتعلِّقُ بالرَّقَبة يَنتقِلُ إلى بَدَله[2].

والحقُّ الْمُتعلِّقُ بالعَين يَبطُلُ بفَوات العَينِ، إلا إذا فات العَينُ إلى بدَلٍ، فحينَئذٍ يَنتقِلُ إلى بَدَله.

اشتَرى أمةً، فقَتَلت عندَه خطَأً، فأبَقت، أو ماتَت، فاستُحِقَّت.. إن ضَمِن البائِعُ: نَفَذ البيعُ، وسَلِمت القِيمةُ للمُستحِقّ، ولا شيءَ للأولياء، فإن عادَت يَدفَعُ، أو يَفدِي.

رَجُلٌ اشتَرى أمةً وقَبَضها، فقَتَلت عندَ الْمُشتَري قتلًا[3] خطَأً، ثم أبَقت أو ماتت، فاستُحِقَّت: فالْمُستحِقُّ بالخِيار، إن شاء ضَمَّن البائِعَ، وإن شاء ضَمَّن الْمُشتَريَ، فإن ضَمَّن البائِعَ نَفَذ البيعُ؛ لأنه مَلَكها بأَداء الضَّمانِ من وَقت الغصبِ، فتَبيَّن أنه باع مِلكَ نفسِه.

وسَلِمت القِيمةُ للمُستحِقّ؛ لأن القِيمةَ وَجَبت قبلَ الجِنايةِ وقتَ الغصبِ، فقد وُجِدت الجِنايةُ بعدَما صارت القِيمةُ للمُستحِقّ.

ولا شيءَ لأولياء القَتيلِ؛ لتَعلُّق الجِنايةِ برَقَبتها، وقد بَطَل الحقُّ بفَوات المحَلِّ.

فإن عادت من الإباق تُدفَعُ أو تُفدى.

وإن ضَمَّن الْمُشتَرِيَ: بَطَل، ودُفِع، ورَجَع عليه، ورَجَع الْمُشتَري بالثَّمَن على بائِعه.

---

(١) كذا في (أ)، وفي (ج): إلى وقت الضمان، وفي الباقي: إلى سبب وقت الضمان.

(٢) في (م): بدلها.

(٣) في (أ) و(ج): قتيلاً.

فإن ضَمَّن الْمُشتَرِيَ بَطَل البيعُ؛ لأن استِحقاقَ قِيمةِ الأمةِ على الْمُشتَري كاستِحقاق عَينِها، ويَدفَعُ الْمُستحِقُّ القِيمةَ إلى أولياء الجِنايةِ، ثم يَرجِعُ على الْمُشتَري بقِيمةٍ أُخرى؛ لأن القِيمةَ الأُولى استُحِقَّت عليه بسبَبٍ كان في ضَمان الْمُشتَري، ويَرجِعُ الْمُشتَري بالثَّمَن على بائِعه حُكمًا لاستِحقاق الْمَبيعِ.

ولو قائِمةً أخَذ، ودَفَع أو فَدى، ورَجَع بالأقَلِّ على أيٍّ شاء، ورَجَع البائِعُ به، لا الْمُشتَري.

وإن كانت الجارِيةُ قائِمةً في يَد الْمُشتَري: أخَذها الْمُستحِقُّ، ودَفَع إلى أولِياء الجِنايةِ أو فَدى، ورَجَع الْمُستحِقُّ بالأقَلِّ على البائِع أو الْمُشتَري؛ لأنه في دَفع الزّائِدِ مُختارٌ.

فإن رَجَع على البائِع رَجَع البائِعُ على الْمُشتَري بما ضَمِن؛ لأن الجِنايةَ حَصَلت في ضَمانه، وإن رَجَع على الْمُشتَري لا يَرجِعُ الْمُشتَري على البائِع؛ لأن الجِنايةَ حَصَلت في يَده.

ولو جَنَت عندَ البائِعِ، فباع، وضَمَّنَه: سَلِم، وعليه آخَرُ، ولم يَصِر مُختارًا، ولا يَرجِعُ بشيءٍ.

ولو جَنَت عندَ البائِعِ فباع، وضَمَّن الْمُستحِقُّ البائِعَ: نَفَذ بيعُه، وسَلِم الضَّمانُ للمُستحِقّ، ولكن يُضمِّنُ البائِعَ قِيمةً أُخرى لأولِياء الجِنايةِ؛ لأنه مَلَكها بأداء الضَّمانِ من وَقت الغصبِ، فبان أنها جَنَت في مِلكه، وتَعلَّقت الجِنايةُ برَقَبتها، فإذا باعها وسَلَّمها صار مُتلِفًا، فيَضمَنُ القِيمةَ، ولم يَصِر مُختارًا للفِداء؛ لأن مِلكَه إيّاها لم يكن ظاهِرًا وقتَ البيعِ، فلم يَصِحَّ منه الاختِيارُ.

وإن ضَمَّنَ الْمُشتَرِيَ: دَفَع، ورَجَع على البائِع فقط، ولو قائِمةً فأخَذ: دَفَع أو فَدى،

ورَجَع بالأقَلّ على البائع فقط.

وإن ضَمَّن الْمُستحِقُّ الْمُشتريَ وأخذ القِيمةَ: دَفَعها إلى أولِياء الجِنايةِ، ورَجَع على البائع بقِيمةٍ أُخرى دونَ الْمُشتَري؛ لأن تلك القِيمةَ استُحِقَّت عليه بسببٍ كان في ضَمان البائِع.

والهِبةُ كالبَيع، إلا في رُجوع أحَدِهما على الآخَر.

ولو كان مَكانَه غصبٌ، أو إيداعٌ، وجَنَت عندَ الثّانِي: ضَمَّن أيًّا شاء، ودَفَع، ورَجَع به على من ضَمَّنه فقط.

والهِبةُ كالبَيع إلا في رُجوع أحَدِهما على الآخَر.

ولو كان مَكانَ الهِبةِ غصبٌ أو إيداعٌ، وقد جَنَت عندَ الثّانِي: ضَمَّن أيَّهما شاء؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما غاصِبٌ، ودَفَع الضَّمانَ إلى أولِياء الجِنايةِ، ورَجَع به على من ضَمَّنه خاصّةً.

والْمُودَعُ يَرجِعُ، والمودِع لا، وفي الغَصب على عَكسه.

والْمُودَعُ يَرجِعُ؛ لأنه عامِلٌ للمُودِع، فيَرجِعُ عليه بما لَحِقه من الضَّمان بسَبَبه، والْمُودِعُ لا.

وفي الغَصب على عَكسه؛ لأن غاصِبَ الغاصِبِ ليس بعامِلٍ للغاصِب، فلا يَرجِعُ عليه، والغاصِبُ صار مالِكًا بأداء الضَّمانِ، فيَرجِعُ على غاصِبه بما لَحِقه من ضَمان جِنايةٍ كانت في يَد غاصِبِه.

ولو عادَت فهي في الوَديعة للمُودَع، وفي الغَصب للثّانِي، إلا إذا كانت تَعتِقُ بمِلك الأوّلِ، وضَمِنه، أو عادَت قبلَ رُجوعِ الأوّلِ على الثّانِي.

ولو عادت من الإِباق فهي في الوَديعة للمُودَع؛ لأن قَرارَ الضَّمانِ عليه، وفي الغَصب لغاصِبِ الغاصِبِ؛ لأن قَرارَ الضَّمانِ على الثّانِي.

والمِلكُ في المَضمون إنما يَكونُ لمن كان قَرارُ الضَّمانِ عليه، إلا إذا كانت ذاتَ رَحِمٍ مَحرَمٍ من الأوَّل، وضَمَّن الأوَّلَ، فعَتَقت عليه؛ لأنه مَلَك قَريبَه، فلا رُجوعَ له على الثّانِي، أو عادت من الإِباق قبلَ رُجوعِ الأوَّلِ على الثّانِي، فبَطَل حقُّ رُجوعِه؛ لقُدرته على الأَصل.

والْمُرتهِنُ والْمُستأجِرُ كالْمُودَع، والْمُستَعيرُ كالْمُتَّهِب.

والْمُرتهِنُ والْمُستأجِرُ كالْمُودَع في هذا؛ لكَونهما أمينَين في حقِّ العَينِ[1]، والْمُستعيرُ كالْمُتَّهِب؛ لأنه قَبَض لنَفسه.

ولو جَنَت عندَ الأوَّلِ.. إن ضَمَّنه: دَفَعه، ورَجَع به عليه، ورَجَع الأوَّلُ في الغَصب على الثّانِي بقِيمةٍ واحِدةٍ، وإن ضَمَّن الثّانِيَ: دَفَع، ورَجَع به على الأوَّل فقط.

ولو جَنَت عندَ الأوَّلِ.. إن ضَمَّنه الْمُستحِقُّ: دَفَع الضَّمانَ إلى أولِياء الجِنايةِ، ورَجَع به عليه، ورَجَع الأوَّلُ على الثّانِي في الغَصب بقِيمةٍ واحِدةٍ، وإن ضَمَّن الْمُستحِقُّ الثّانِيَ: دَفعَ إليه قِيمةً واحِدةً، ودَفَعها إلى أولِياء الجِنايةِ، ثم يَرجِعُ على الأوَّل بقِيمةٍ أُخرى؛ لوُجود الجِنايةِ في يَد الأوَّلِ.

غَصَب عبدًا قِيمتُه ألفٌ، فصار ألفَين، فقتَل، فقُتِل[2] خطَأً: ضَمَّن مالِكُه غاصِبَه ألفًا، ودَفَع ورَجَع، ورَجَع[3] غاصِبُه على عاقِلة قاتِلِه بألفَين،.........

(١) في (ب) و(د): الغير.

(٢) سقطت من (ن) و(ف).

(٣) سقطت من (س) و(ف).

ولم يَتصدَّق بشيءٍ، أو عاقِلتَه[1] ألفين، ودفَع ورَجَع على[2] غاصِبه بألفٍ، وكُلَّما دَفع ثُلُثًا رَجَع بثُلُثٍ، ولا يَرجِعُ قبْلَه.

غَصَب عبدًا قِيمتُه ألفٌ، فصار في يَده يُساوِي ألفين، فقَتَل رَجُلًا خطأً، ثم إن رَجُلًا قَتَله في يَد الغاصِبِ: فللمالِك أن يُضمِّنَ الغاصِبَ ألفًا حالًّا، ويَدفعَه إلى وليِّ الجِنايةِ، ثم يَرجِعَ عليه بقِيمةٍ أُخرى؛ لِما مَرّ.

ثم يَرجِعُ الغاصِبُ على عاقِلة قاتِلِ العبدِ بألفَي دِرهَمٍ في ثَلاث سِنين؛ لأنه ظَهَر أن القتلَ وَرَد على عَبده، ولم يَتصدَّق بشيءٍ؛ لأنه دَفَع ألفين وأخذ ألفين، أو يُضمِّنُ العاقِلةَ ألفين، ويَدفَعُ إلى أولِياء الجِنايةِ، ورَجَع على غاصِبه بألفٍ؛ لأن الزِّيادةَ كانت أمانةً في يَد الغاصِبِ، فلا يَضمَنُ، وكلما دَفَع ثُلُثًا رَجَع بثُلُثٍ، ولا يَرجِعُ قبلَ الدَّفعِ، كالكَفيل بالمال بأمر المَكفولِ عنه.

ولو قَتَله غاصِبُه: فكما مرّ، إلا أنه لا يَرجِعُ على عاقِلته إن ضَمَّنه.

ولو قَتَله غاصِبُه فكما مَرّ، إلا أنه لا يَرجِعُ على عاقِلته إن ضَمَّنه؛ لأن العاقِلةَ لا تَعقِلُ له[3].

غَصَب عبدًا، فأبَق، فرُدَّ على مالِكه: لا يَرجِعُ[4] بجُعْله.

غَصَب عبدًا فأبَق، فرَدَّ على مالِكه: لا يَرجِعُ بجُعله على غاصِبه عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه عَمِل للمالِك، فكان الأجرُ عليه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرجِعُ؛ لأنه ضَمانٌ لَحِقه بسبَبٍ وُجِد عندَ الغاصِبِ، فيَرجِعُ

(١) أي: أو ضمَّن عاقلته..

(٢) في (م): ودفع ورجع ورجع على.

(٣) في (ج): عنه.

عليه به، كالدَّفع والفِداءِ في الجِناية.

وإن أودَعه، فأبَق، فضَمِن مُودَعُه: مَلَكه غاصِبُه، فنفَذ إعتاقُه، ورَجَع قبلَ أدائِه، ولو عاد حَبَسه للاستيفاء، ويَهلِكُ أمانةً قبلَ منعِه، وكذا طَرَفُه، وبعدَه بقِيمته.

ولو غَصَب عبدًا وأودَعه، فأبَق من يَده، فاختار المالِكُ تضمينَ الْمُودَعِ: مَلَكه غاصِبُه؛ لأن قَرارَ الضَّمانِ عليه، فيَنفُذُ إعتاقُه، ويَرجِعُ الْمُودَعُ على الغاصِب قبلَ أداءِ الضَّمانِ بنفسه، كالوَكيل بالشِّراء إذا اشتَرى، فإنه يَرجِعُ على الْمُوكِّل بالثَّمَن قبلَ أن يُؤدِّيَه.

ولو عاد العبدُ من الإباق إلى يَد الْمُودَعِ للمُودِع أن يَحبِسَه لاستيفاء الضَّمانِ، فلو هَلَك في يَده قبلَ منعِه يَهلِكُ أمانةً، وكذا طَرَفُه، وإن هَلَك بعدَه يَهلِكُ بالقِيمة، كالْمُشترَى إذا هَلَك في يَد الوَكيلِ قبلَ حبسِه من الْمُوكِّل، فإنه يَهلِكُ أمانةً، وإن هَلَك بعدَ حبسِه يَهلِكُ بالثَّمَن.

والْمُرتَهِنُ والْمُستأجِرُ كالْمُودَع.

والْمُرتَهِنُ والْمُستأجِرُ في هذا كالْمُودَع؛ لأن العَينَ أمانةٌ في يَديهما.

ادَّعى أمةً، وأنكَر ذُو اليدِ، فضَمِنها رَجُلٌ: صحّ، فلو برْهَن، وماتَت، أو أبقت: ضَمَّن أيًّا شاء، والأمةُ لمن عليه قَرارُ الضَّمانِ، بخِلاف الْمُتبرِّع بالقَضاء.

ادَّعى أمةً، وأنكَر ذو اليدِ، فضَمِنها رَجُلٌ: صَحَّ الضَّمانُ؛ لأنها إن كانت غصبًا فهي كَفالةٌ بالْمَضمون، وإن كانت وَديعةً فقد صارت مَضمونةً بالجُحود، فتَصِحُّ الكَفالةُ بها بكلِّ حالٍ.

ولو أقام البيِّنةَ وقد ماتت أو أبقت: ضَمَّن أيَّهما شاء، والأمةُ لمن عليه قَرارُ الضَّمانِ.

بخِلاف ما لو تبرَّع إنسانٌ بقضاء دَينِ الأصيل؛ حيث كانت الأمةُ للأصِيل؛ لأنه لا شيءَ على الْمُتبرِّع[١]، فكان أداؤه عن الأصِيل، أما الكفيلُ[٢]: فمُطالَبٌ، فكان مُؤدِّيًا عن نَفسه لا عن الأصِيل.

وهِبتُه للأَصيل، وإبراؤُه: كأَدائه، فهي له، وهِبتُه للكَفيل كأَدائه، فيَرجِعُ، وإبراؤُه لا، والوَكيلُ يَرجِعُ فيهما.

وهِبةُ الطّالبِ القِيمةَ للأصِيل وإبراؤُه: كأَداء الأصيلِ، فكانت الأمةُ له، وهِبتُه القِيمةَ للكَفيل كأَدائه، فيَرجِعُ الكَفيلُ على الأصِيل إن كانت الكَفالةُ بأَمره.

وإن أبرَأ الكَفيلَ لا يَرجِعُ على الأصِيل، والوَكيلُ يَرجِعُ، سَواءٌ وَهَبه له أو أبرَأه؛ لأن أصلَ الثَّمنِ عليه؛ لأنه باشَر سبَبَ الدَّينِ، فكان الإبراءُ تَمليكًا للثَّمَن منه، كالهِبة، بخِلاف الكَفيلِ؛ لأن أصلَ الدَّينِ ليس عليه.

ولو ظَهَرت بعدَما قُضِي للمُدَّعي بقِيمتها: لا يَحبِسُها عن الأَصيل إن ضَمِن الكَفيلُ بأَمره.

فلو حَرَّر أحَدُهما، أو باع: نَفَذ إن أدّى، وإن أدّى الآخَرُ لا.

ولو ظَهَرت بعدَما قُضِي للمُدَّعي على الْمُدَّعى عليه بقِيمتها: لا يَحبِسُها عن الأصِيل إن ضَمِن الكَفيلُ بأَمره، فلو حَرَّر الأصيلُ أو الكَفيلُ، أو باعها أحَدُهما بعدَما عادت من الإباق، وقُضِي للمُدَّعي بقِيمتها: يَنفُذُ بيعُه وعَتقُه إن أدّى الضَّمانَ، وإن أدّى الآخرُ[٣] بطَلا.

---

(١) في (ب): للمبترع.

(٢) في سوى (أ) و(ج): الكفالة.

(٣) في سوى (أ) و(ب): الأجر.

وإن حَرَّرا، أو باعا، فأدَّيا معًا: نَفَذا عليهما.

وإن حَرَّرا أو باعا، فأدَّيا معًا: نَفَذا عليهما؛ لثُبوت الْمِلكِ بأَداء الضَّمانِ مُستنِدًا.

وإن حَرَّرا، فأدّى أحَدُهما نِصفَ قِيمتِها: عَتَق نِصفُها عليه، فإن أدّى الآخَرُ نِصفَها عَتَق عليه، والوَلاءُ لهما، ولا ضَمانَ، ولا سِعايةَ.

وإن حَرَّرا، فأدّى أحَدُهما نِصفَ قِيمتِها: عَتَق نِصفُها عليه، فإن أدّى الآخَرُ نِصفَها عَتَق عليه، والوَلاءُ لهما، وهذه عندَه، ولا ضَمانَ ولا سِعايةَ.

ولو حَرَّر أحَدُهما، فقُتِلت عمدًا أو خطَأً، فأدّى: ضَمِن قِيمتَها مُؤَجَّلةً، ولم يُقد، وإن قتَلها الْمُؤدِّي عمدًا أو خطَأً: غَرِم قِيمتَها في ماله.

ولو حَرَّر أحَدُهما، فقُتِلت عمدًا أو خطَأً، فأدّى الْمُحرِّرُ: ضَمِن قِيمتَها مُؤَجَّلةً في ثَلاث سِنينَ في الخَطَأ، ولا قِصاصَ في العَمْد؛ لاشتِباه الوليِّ[1]، كالْمُكاتَب.

وإن قتَلها الْمُؤدِّي عمدًا أو خطَأً: غَرِم قِيمتَها في ماله؛ لأن العاقِلةَ لا تَعقِلُ للجاني.

أحبَل مُشتراتَه، فضَرَبت بطنَها عمدًا، أو شَرِبت دَواءً لتَضَعَ، فألقَتْه ميتًا، فاستُحِقَّت: دَفَعها الْمُستحِقُّ أو فَدى، ورَجَع[2] على البائِع أو الْمُشتَري بالأَقَلّ، ورَجَع البائِعُ به، لا الْمُشتَري.

وللمُستحِقّ عليه العُقرُ، ومِثلُ نِسبةِ ما دَفَع من دِيَة الوَلَدِ من قِيمته، ورَجَع على البائِع بالثَّمَن وبما غَرِم من قِيمة وَلَدِه، لا[3] العُقرِ.

---

(١) في (د): المولى.

(٢) في (س): أو رجع.

(٣) في (س): إلا.

اشتَرى أمةً بألفٍ، فأحبلها، فضَرَبَت[1] بطنَها عمدًا، أو شَربت دَواءً لتَطرَحَ الولَدَ، فألقَت جَنينًا ميِّتًا، فاستُحِقَّت الأمةُ: فالقاضِي يَقضي للمُستحِقِّ بالأمة وبعُقرها، ثم يُقالُ للمُستحِقّ: (إنَّ أمتَك قتَلت ولَدَها وهو حُرٌّ -لأنه ولَدُ الْمَغرورِ-، والجَنينُ الحُرُّ مَضمونٌ بالغُرّة، فادفَع بها أو افدِها[2] بالغُرّة).

فإذا دَفَع أو فَدى يُقالُ للمُشتَري: (لَمّا أخذتَ الغُرّةَ سَلِم لك[3] شيءٌ من بَدَل الولَدِ، ولو سَلِم لك الولَدُ وفيه الدِّيَةُ، بأن[4] خَرَج حيًّا، ثم مات: لَزِمك القِيمةُ بتَمامها للمُستحِقّ، فإذا سَلِم لك الغُرّةُ -وهو خمسُمِائةٍ- وَجَب أن تَغرَمَ له بحِساب ذلك، وقِيمةُ الولَدِ الحُرِّ عشَرةُ آلافٍ إن كان ذَكَرًا، وخَمسةُ آلافٍ إن كان أُنثى، فخَمسُمائةٍ نِصُف عُشرِ دِيَةِ الذَّكَرِ، وعُشرُ دِيَةِ الأُنثى، فلْتَغرَم[5] بحِساب ذلك للمُستحِقّ).

والْمُستحِقُّ إذا دَفَع أو فَدى: يَرجعُ بالأقَلِّ على البائِع أو على الْمُشتَري، فإن رَجَع على البائِع فالبائِعُ يَرجعُ على الْمُشتَري، وإن رَجَع على الْمُشتَري لا يَرجِعُ الْمُشتَري على البائِع، ثم الْمُشتَري يَرجعُ على البائِع بالثَّمَن وبما غَرِم من قِيمة الولَدِ دونَ العُقرِ، وقد مَرَّ في الدَّعوى.

غَصَب عبدًا من غاصِبه، فأبَق، فضَمِنه الأوَّلُ: بَرِئَ، كرَدِّه، فإن ظَهَر أخَذه ربُّه، أو قِيمتَه إن بقِيَت، فإن أخَذها مَلَكه الثّاني، وإن أخَذه رَجَع على الأوَّل، وهو لا.

---

(١) في (هـ): فضرب، وهي محتملة كذلك في (أ).

(٢) في (هـ): دفع بها أو أخذها.

(٣) في (ج): كل.

(٤) في (هـ): إن.

(٥) كذا في (أ)، وفي (هـ): فليغرم، وفي سواهما غير منقوطة.

غَصَب عبدًا من الغاصِب، فأبَق، فضَمَّن الغاصِبُ الأوَّلُ الغاصِبَ الثّاني قِيمتَه: بَرِئ الغاصِبُ الثّاني من الضَّمان؛ لانتِقاض سبَبِ الضَّمانِ، فصار كما لو رَدَّه عليه.

فإن ظَهَر: أخَذَه ربُّه -لأنه عَينُ مالِه-، أو قِيمتَه من الغاصِب الأوَّلِ إن بَقِيت في يَده، فإن أخَذ القِيمةَ مَلَكه الثّاني، وإن أخَذ العبدَ رَجَع الثّاني على الأوَّل بما دَفَع؛ لعَدَم سَلامةِ الْمَضمونِ له.

ولا يَرجِعُ الغاصِبُ الأوَّلُ على المالِك إن كان هَلَك[1] ما دَفَع في يَده؛ لأنه عامِلٌ لنَفسه في أَخذ القِيمةِ عن الغاصِب الثّاني ليُخرِجَ نفسَه عن الضَّمان، فلا يَرجِعُ على المالِك.

وإن أقَرَّ بقَبض ضَمانِه: لا يُصدَّقُ في حقِّ ربِّه، وكذا لو كان الأوَّلُ مُودَعًا، إلا أنه يَرجِعُ على ربِّه.

فلو أقَرَّ الأوَّلُ بقَبض الضَّمانِ لم يُصدَّق في حقِّ المالِكِ، حتى كان له أن يُضمِّنَه، وكذا لو كان الأوَّلُ مُودَعًا وغَصَب منه، إلا أنه يَرجِعُ على ربِّه إذا رَجَع الغاصِبُ عليه بالقِيمة عندَ اختِيارِ المالِكِ العبدَ، وقد ظَهَر؛ لأنه[2] عامِلٌ له، كالوَكيل.

ولو أقَرَّ بقَبض ضَمانِه: بَرِئ، ونُقِض تَصرُّفُه.

ولو أقَرَّ بقَبض ضَمانِه: بَرِئ الغاصِبُ؛ لأنه حينَ استَودَعه فقد أذِن له بقَبض القِيمةِ؛ لأنه من الحِفظ.

ولو أمةً، وأولَد: فوَلَدُه نَسيبٌ[3] رَقيقٌ.

(١) في (هـ): ملك.

(٢) في (د): أنه.

(٣) النسيب: القريب. «المصباح» ٢/ ٦٠٢.

ولو كان أمةً واستولَدها: ثَبت النَّسَبُ استِحسانًا؛ لأن التَّضمينَ ممن له حقُّ التَّضمينِ أورَث شُبهةً، والنَّسَبُ يَثبُتُ بأدنى شُبهةٍ، كما لو زُفَّت إليه غيرُ امرأتِه، والولَدُ رَقيقٌ؛ لأن الحُرِّيَّةَ لا تَثبُتُ بالشُّبهات.

وضَمِن بغَصب مُدْهُنٍ[1] قِيمتُه أكثرُ من وَزنه، وانكَسَر: قِيمتَه من خِلافه.

غَصَب مُدْهُنًا وزنُه عشرةٌ، وقِيمتُه أكثرُ، فانكَسَر: ضَمِن قِيمتَه من خِلاف جِنسِه.

وكُرِّ بُرٍّ، فابتَلَّ وزاد، أو عَفِن[2]: مِثلَه. واللهُ أعلَمُ بالصَّواب.

ولو غَصَب كُرَّ بُرٍّ، فابتَلَّ عندَه، وزاد قَدْرَ ثُلُثِ الكُرِّ: ضَمِن الغاصِبُ مِثلَ الكُرِّ الْمَغصوبِ، ومَلَك الْمَغصوبَ بالضَّمان وإن كان فيه فضلٌ؛ لأن الْمِلكَ في الْمَغصوب يَستنِدُ، فتكونُ الزِّيادةُ حاصِلةً على مِلكه.

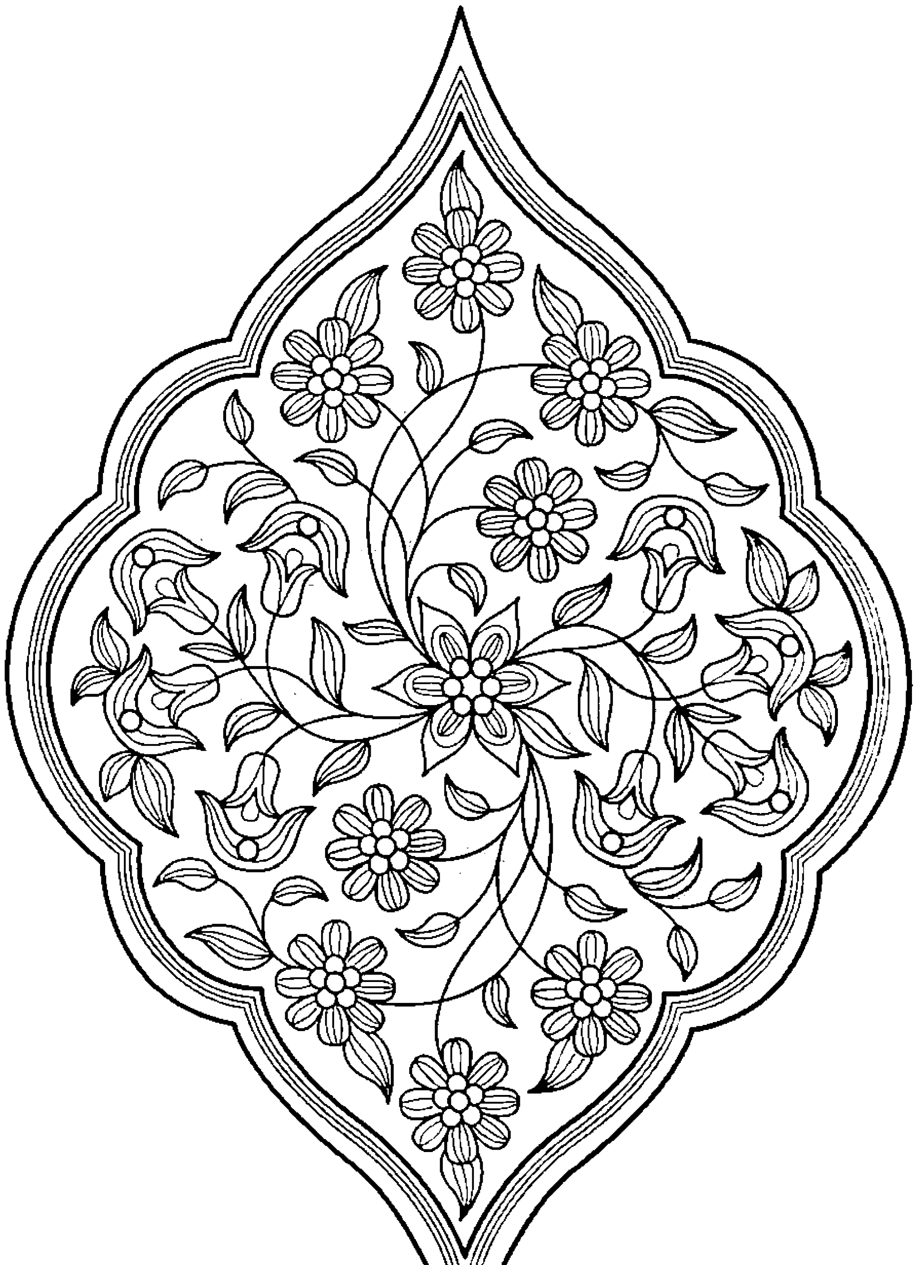
وكذا لو غَصَب طَعامًا، فعَفِن عندَه: ضَمِن مِثلَه، وإن عَجَز عن الْمِثل قُضِي بالقِيمة.

---

(١) الْمُدْهُن -بضم الميم والهاء-: ما يُجعل فيه الدُّهن، وهو من النوادر التي جاءت بالضم، وقياسه الكسر. «المصباح» ١/ ٢٠٢.

(٢) عَفِن الشيءُ عَفَنًا -من باب تعب-: فسد من ندوة أصابته فهو يتمزق عند مسه، وعفن اللحم: تغيرت ريحه، وتعفن كذلك، فهو عَفِنٌ بَيِّن العفونة، ومتعفن، ويتعدى بالحركة فيقال: عَفَّنتُه أُعَفِّنُه -من باب ضرب- وأعفَنْتُه -بالألف-: وجدته كذلك. «المصباح» ٢/ ٥٩٨.

كِتَابُ الشُّفْعَةِ



كِتابُ الشُّفعةِ

كِتابُ الشُّفعةِ

تَمَلُّكٌ بما قام على الْمُشتَري.

هي: تَملُّكُ البُقعةِ بما قام على الْمُشتَري بالشِّرْكة أو الجِوارِ.

وهي مَأخوذةٌ من الشَّفع، وهو الضَّمُّ، سُمِّيت بها: لِما فيها من ضمِّ الْمُشتَراة إلى مِلك الشَّفيعِ.

وسببُها: الاتِّصالُ.

وشرطُها: مُعاوَضةُ مالٍ بمالٍ.

وتَجِبُ للخَليط في الْمَبيع، فإن سَلَّم: فللخَلِيط في حقِّه، كالشِّرب، والطَّريقِ، فإن سَلَّم: فللجار(ف).

وتَجِبُ للخَليط في نَفس الْمَبيعِ، فإن سَلَّم: فللخَليط في حقِّ الْمَبيعِ[1]، كالشِّرْب والطَّريقِ، فإن سَلَّم: فللجار، فالشُّفعةُ[2] ثابِتةٌ لهؤلاء على التَّرتيب.

أما الثُّبوتُ لهؤلاء: فلقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الشُّفعةُ لشَريكٍ لم يُقاسِم»[3]،

(١) في (هـ): الشفيع.

(٢) في (ب): الشفعة.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٧٢: غريب، وأخرجه مسلم (١٦٠٨) عن عبد الله بن إدريس عن =

ولقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «جارُ الدّارِ أحقُّ بالدّار والأرضِ، يُنتظَرُ له وإن كان غائبًا، إذا كان طَرِيقُهما واحِدًا»(1). ....

=ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال: قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، رَبعةٍ أو حائطٍ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به. انتهى. وأخرجه الدارقطني في «سننه» (٤٥٣٢)، وقال: لم يقل في هذا الحديث: (لم يقسم) إلا ابن إدريس، وهو من الثقات الحفاظ. انتهى، وأخرجه مسلم أيضًا (١٦٠٨) عن ابن وهب عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه». انتهى.

(1) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٧٢: هو مركب من حديثين، فصدر الحديث أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥١٧)، والترمذي في الأحكام (١٣٦٨) والنسائي في الشروط (في «الكبرى» ١١٧١٧)، فأبو داود والنسائي عن شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة، والترمذي عن إسماعيل بن علية عن سعيد عن قتادة به: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «جار الدار أحق بدار الجار والأرض». انتهى. قال الترمذي: حديث حسن صحيح، ورواه أحمد في «مسنده»، والطبراني في «معجمه»، وابن أبي شيبة في «مصنفه»، وفي بعض ألفاظهم: «جار الدار أحق بشفعة الدار»، وأخرجه النسائي أيضًا عن عيسى بن يونس عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة، وأخرجه أيضًا عن عيسى بن يونس عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس مرفوعًا: «جار الدار أحق بالدار». انتهى، وبهذا الإسناد رواه ابن حبان في «صحيحه» في النوع السادس والثلاثين من القسم الثالث، ثم قال: وهذا الحديث إنما ورد في الجار الذي يكون شريكًا، دون الجار الذي ليس بشريك، يدل عليه ما أخبرنا وأسند عن عمرو بن الشريد قال: كنت مع سعيد بن أبي وقاص والمسور بن مخرمة، فجاء أبو رافع مولى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال لسعد بن مالك: اشتر مني بيتي الذي في دارك، فقال: لا، إلا بأربعة آلاف منجمة، فقال: أما والله لولا أني سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «الجار أحق بشفعة» ما بعتكها، لقد أعطيت بها بخمسمائة دينار.

قلت: هذا معارض بما أخرجه النسائي، وابن ماجه عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن=

=عمرو بن الشريد عن أبيه: أن رجلًا قال: يا رسول الله! أرضي ليس فيها لأحد شرك ولا قسم، إلا الجوار، فقال: «الجار أحق بشفعة ما كان». انتهى.

ورواه البزار في «مسنده»، وقال: ويروى هذا الحديث عن الحسن عن سمرة، وعيسى بن يونس جَمَع بين الطرفين، أعني عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة، وعن ابن أبي عروبة عن قتادة عن أنس. انتهى.

ورواه الدارقطني في «سننه» وقال: وهم فيه عيسى بن يونس، وغيره يرويه عن قتادة عن الحسن عن سمرة، هكذا رواه شعبة وغيره، وهو الصواب. انتهى. قال ابن القطان في «كتابه»: وقد مالا بهذا القول على عيسى بن يونس، فإنه ثقة، ولا يبعد أن يكون جمع بين الروايتين، أعني عن أنس وعن سمرة، وقد ورد ما يعضد ذلك، قال قاسم بن أصبغ: حدثنا محمد بن إسماعيل ثنا نعيم بن حماد ثنا عيسى بن يونس عن أبي عروبة عن قتادة عن أنس، وبه عن قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعًا، فذكره، قال: وعيسى بن يونس ثقة، فوجب تصحيح ذلك عنه. انتهى.

حديث آخر: رواه أحمد في «مسنده» حدثنا عفان ثنا همام أنبأ قتادة عن عمرو بن شعيب عن الشريد ابن سويد الثقفي: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «جار الدار أحق بالدار من غيره». انتهى.

وبقية الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة (د ٣٥١٨ ت ١٣٦٩ ن في «الكبرى» ١١٧١٤ ق ٢٤٩٤) عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها وإن كان غائبًا، إذا كان طريقهما واحدًا». انتهى، قال الترمذي: حديث حسن غريب، ولا نعلم أحدًا روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر، وقد تكلم شعبة في عبد الملك من أجل هذا الحديث، وعبد الملك ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحدًا تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث. انتهى.

وقال المنذري في «مختصره»: قال الشافعي: يخاف أن لا يكون محفوظًا، وأبو سلمة حافظ، وكذلك أبو الزبير، ولا يعارض حديثهما بحديث عبد الملك، وسئل الإمام أحمد عن هذا الحديث فقال: هو حديث منكر، وقال يحيى: لم يحدث به إلا عبد الملك، وقد أنكره الناس عليه، وقال الترمذي: سألت محمد بن إسماعيل البخاري عن هذا الحديث فقال: لا أعلم أحدًا رواه عن عطاء غير عبد الملك، =

والْمُرادُ به: جارٌ هو شَرِيكٌ[1] في الطَّرِيق.

ويَثْبُتُ الحُكمُ في الشِّرب دَلالةً؛ لأن الشُّفعةَ إنما ثَبَتت بالشِّرْكة في الطَّرِيق باعتِبار الخُلطةِ، وقد وُجِدت في الشِّرْب.

ولقَوله[2] عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الجارُ أحقُّ بسَقَبه»، قِيل: يا رَسولَ اللهِ! ما سَقَبُه؟ قال: «شُفعتُه»، ويُروى: «الجارُ أحقُّ بشُفعته»[3].

=تفرد به، ويروى عن جابر خلاف هذا. انتهى كلامه.

وقال صاحب «التنقيح»: واعلم أن حديث عبد الملك بن أبي سليمان حديث صحيح، ولا منافاة بينه وبين رواية جابر المشهورة، وهي: «الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»، فإن في حديث عبد الملك: «إذا كان طريقها واحدًا»، وحديث جابر المشهور لم ينف فيه استحقاق الشفعة، إلا بشرط تصرف الطرق، فيقول: إذا اشترك الجاران في المنافع، كالبئر أو السطح أو الطريق.. فالجار أحق بصقب جاره، لحديث عبد الملك، وإذا لم يشتركا في شيء من المنافع فلا شفعة؛ لحديث جابر المشهور، وطَعْن شعبة في عبد الملك بسبب هذا الحديث لا يقدح فيه، فإنه ثقة، وشعبة لم يكن من الحذاق في الفقه ليجمع بين الأحاديث إذا ظهر تعارضها، إنما كان حافظًا، وغير شعبة إنما طعن فيه تبعًا لشعبة، وقد احتج بعبد الملك مسلم في «صحيحه»، واستشهد به البخاري، ويشبه أن يكونا إنما لم يخرجا حديثه هذا لتفرده به، وإنكار الأئمة عليه فيه، وجعله بعضهم رأيًا لعطاء، أدرجه عبد الملك في الحديث، ووثقه أحمد والنسائي وابن معين والعجلي، وقال الخطيب: لقد أساء شعبة حيث حدث عن محمد بن عبيد الله العرزمي، وترك التحديث عن عبد الملك بن أبي سليمان، فإن العرزمي لم يختلف أهل الأثر في سقوط روايته، وعبد الملك ثناؤهم عليه مستفيض، والله أعلم. انتهى كلامه.

(١) في (ب) و(د): الشريك.

(٢) في (ب): وبقوله، وفي (ز): لقوله.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٧٤: قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الجار أحق بسقبه»، قيل: يا رسول الله! ما سقبه؟ قال: «شفعته»، ويروى: «أحق بشفعته»: قلت: أخرج البخاري في «صحيحه» (٢٢٥٨) عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع مولى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أنه سمع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «الجار أحق بسقبه». انتهى.=

وقال الْمُطرِّزيُّ: السَّقَبُ: القُربُ، والصّادُ لُغةٌ. ورُوِي: «بصَقَبه»[1].

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا شُفعةَ إلا بالشِّرْكة في البُقعة؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الشُّفعةُ فيما لم يُقسَم، فإذا وَقَعت الحُدودُ وصُرِّفت[2] الطُّرُقُ[3]: فلا شُفعةَ»[4].

= وقوله: ويروى: «أحق بشفعته»، تقدم في حديث جابر عند الترمذي (١٣٦٩): «الجار أحق بشفعته، ينتظر بها وإن كان غائبًا...» الحديث، وبالروايتين رواه إسحاق بن راهويه في «مسنده»، فقال: أخبرنا سفيان عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الجار أحق بسقبه». انتهى، أخبرنا المحاربي وغيره عن سفيان الثوري عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الجار أحق بشفعته». انتهى.

وقوله: (قيل: يا رسول الله): ليس في الحديث، وفي «معجم» الطبراني: قيل لعمرو بن الشريد: ما السقب؟ قال: الجوار، وفي «مسند» أبي يعلى الموصلي قال: «الجار أحق بسقبه يعني شفعته». انتهى.

(١) من رواية البخاري (٦٩٧٧).

(٢) في (أ): وضربت.

(٣) في (هـ): الطريق.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٧٥: أخرجه البخاري (٢٢١٤) عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله قال: قضى النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. انتهى، لفظ البخاري (٢٤٩٥): إنما جعل النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود... الحديث. وأخرجه النسائي عن أبي سلمة عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلًا، وكذلك مالك في «الموطأ».

ولو كان ثابتًا ففي نفي الشفعة بعد الأمرين دليل على ثبوتها قبل صرف الطرق وإن حدت الحدود، فقد وافق ما رواه الأربعة من حديث جابر المتقدم: «الجار أحق بشفعته، ينتظر به وإن كان غائبًا، إذا كان طريقهما واحدًا»، ورواه مالك في «الموطأ» من حديث ابن شهاب عن أبي سلمة عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلًا، قال الطحاوي: الأثبات من أصحاب مالك رووه مرسلًا، ثم رفعوه عن أبي هريرة. وقوله: فإذا وقعت الحدود.. هو رأي من أبي هريرة. انتهى. =

وهذا يَقتَضي أن جِنسَ الشُّفعةِ فيما لم يُقسَم؛ إذ الألِفُ واللّامُ للجِنس؛ لعَدَم الْمَعهودِ، والدَّليلُ عليه: أنه قال عَلَيْهِ السَّلَامُ في رِوايةٍ: «إنما الشُّفعةُ فيما لم يُقسَم»[1]، و(إنما) لتَقرير[2] الحُكمِ في الْمَذكور ونفيِه عما عَداه.

وقولُه: «صُرِّفت الطُّرُقُ» أي: جُعِل لكلِّ قِسمٍ طَريقٌ على حِدَةٍ.

ولأن القِياسَ يَأبى ثُبوتَ حقِّ الشُّفعةِ؛ لأنه يَتملَّكُ على الْمُشتَري بغَير رِضاه، وذا لا يَجوزُ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا يَحِلُّ مالُ امرِئٍ مُسلِمٍ إلا بطِيبةٍ من نَفسه»[3]، إلا أنّا تَركنا القِياسَ بالسُّنّة، وهي فيما لم يُقسَم، وهذا ليس في مَعناه؛ لأن حقَّ الآخِذِ ثَمَّ لدَفع ضَرَرِ مُؤنةِ القِسمةِ؛ إذ لو لم يَأخُذ لَطالَبه الْمُشتَري بالقِسمة[4] فيَلحَقُه مُؤنةُ القِسمةِ، وهذا لا يُوجَدُ في حقِّ الجارِ.

= قال القسطلاني في «إرشاد الساري» ١٠/ ١١٤: (في كل ما لم يقسم) من العقار، وما موصولة بمعنى الذي، والصلة جملة لم يقسم، والعائد المفعول الذي لم يسم فاعله، وهو هنا محذوف، أي فيما لم يقسم من العقار كما مر (فإذا وقعت الحدود) جمع حد، وهو هنا ما تتميز به الأملاك بعد القسمة (وصرفت الطرق) بضم الصاد وكسر الراء مشددة ومخففة، أي بينت مصارفها وشوارعها، وجواب فإذا: قوله (فلا شفعة)؛ لأنه صار مقسومًا، وخرج عن الشركة، فصار في حكم الجوار، والمعنى في الشفعة دفع ضرر مؤونة القسمة، واستحداث المرافق المصعد والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة إليه، وظاهره أن لا شفعة للجار؛ لأنه نفى الشفعة في كل مقسوم.

(١) رواه البخاري (٢٤٩٥) عن جابر بلفظ: إنما جعل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

(٢) في (هـ): لتقدير.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في (ب) و(د): بالقيمة.

ولنا: ما رَوَينا[١]، وفيما رَوى[٢] بَيانُ أن للشَّريك شُفعةً، وتَخصيصُ الشَّيءِ بالذِّكر لا يَدُلُّ على نَفي الحُكمِ فيما عَداه، وإنما قد يَقتَضي تأكيدَ الْمَذكورِ لا نفيَ غيرِ الْمَذكورِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿إِنَّمَآ أَنتَ مُنذِرٌۖ﴾ [الرَّعد: ٧].

وآخِرُ الحَديثِ ليس بثابِتٍ[٣]، ولئن ثَبَت فالْمُرادُ به نفيُ الشُّفعةِ الثّابتةِ بسَبَب الشِّرْكةِ؛ عمَلًا بما رَوَينا.

ولأن مِلكَه مُتَّصِلٌ بالْمَبيع اتِّصالَ تَأبيدٍ وقَرارٍ، فيَثبُتُ له[٤] حقُّ الأخذِ بالشُّفعة عندَ وُجودِ مُعاوَضةِ المالِ بالمال، كالشَّريك.

وهذا لأن الاتِّصالَ على هذا الوجهِ إنما صار سبَبًا لدَفع ضرَرِ[٥] التَّأذِّي بسُوء الْمُجاوَرةِ على الدَّوام، حتى لا يَثبُتُ للْمستأجِر والْمُستعيرِ؛ إذ هو مادّةُ الْمَضارِّ من حيث إيقادُ النّارِ، وإعلاءُ الجِدارِ، ومنعُ ضوءِ النَّهارِ، وإثارةُ الغُبارِ، ولا يَندفِعُ ذلك إلا بتَملُّك أحَدِهما على الآخَر، فرُجِّح الأصيلُ على الدَّخيل بأن يَدفَعَ ضرَرَه بتَحويل الصَّفْقةِ إلى نَفسه؛ إذ لا ضرَرَ للدَّخيل بأن يَعودَ إلى رَأس مالِه، وإنما عَدِم رِبحًا قَصَده.

ولأن تَبديلَ الأصلِ[٦] بإزعاجه عن خُطّة الآباءِ أشدُّ ضرَرًا من تَرك الحادِثِ.

وقولُه: (الْمَعنى في الأَصل ضرَرُ القِسمةِ).. قُلنا: يَجوزُ أن يَكونَ الأصلُ مَعلولًا

---

(١) من ذلك حديث: «جارُ الدّارِ أحقُّ بالدّار والأرضِ...».

(٢) وهو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الشُّفعةُ فيما لم يُقسَم...».

(٣) أي قوله: (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة). «الفتح» ٩/ ٣٧٥، وتقدم النقل أن هذه الجملة رأي من أبي هريرة رضي الله تعالى عنه.

(٤) في (ب): فيثبت به، وفي (د) و(هـ): فيثبت به له.

(٥) في (ب) و(د): ضرب.

(٦) في (ج) و(د) و(هـ): الأصيل.

بعِلَّتَين، على أن ضَرَرَ القِسمةِ ضَررٌ مُستحَقٌّ عليه شرعًا، وما وَجَب شرعًا وصار حقًّا[1] عليه لا يَصلُحُ عِلَّةً لتَحقيق ضررِ الْمُشتَري بتَملُّك مالِه بغَير رِضاه، وإنما الْمَدفوعُ ضررٌ ليس يَحِقُّ عليه شرعًا.

وأما التَّرتيبُ بينَ هؤلاء: فلقَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الشَّريكُ أحقُّ من الخَليط، والخَليطُ أحقُّ من الشَّفيع»[2]، فالشَّريكُ يَكونُ في نَفس الْمَبيعِ، والخَليطُ في حُقوق[3] الْمَبيعِ، والشَّفيعُ هو الجارُ.

ولأنه لَمّا ثَبَت أن سبَبَ الاستِحقاقِ الاتِّصالُ، وذا في حقِّ الشَّريكِ في نَفس الْمَبيعِ أَقوى؛ لوُجود اتِّصالِ كلِّ جُزءٍ من الْمَبيع بجُزءٍ من مِلكه.

ثم بعدَه الشَّريكُ في الحُقوق؛ لأنه شَرِكَه في مَرافِق[4] الْمِلكِ وحُقوقِه، ثم بعدَه

---

(١) في (هـ): حتمًا.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٧٦: غريب، وذكره ابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٢١٦)، وقال: إنه حديث لا يعرف، وإنما المعروف ما رواه سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن هشام بن المغيرة الثقفي قال: قال الشعبي: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «الشفيع أولى من الجار، والجار أولى من الجنب». انتهى. قال في «التنقيح» (٤/ ١٧٦): وهشام وثقه ابن معين، وقال أبو حاتم: لا بأس بحديثه. انتهى، قلت: هذا الحديث رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٤٣٩٠) عن ابن المبارك به، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» في أثناء البيوع (٢٢٧٢٥) ثنا أبو معاوية عن عاصم عن الشعبي عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من الجار، والجار ممن سواه. انتهى، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٤٣٨٦) أخبرنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن شريح قال: الخليط أحق من الجار، والجار أحق من غيره. انتهى، وأخرج ابن أبي شيبة (٢٢٧٢٦) عن إبراهيم النخعي قال: الشريك أحق بالشفعة، فإن لم يكن شريك فالجار، والخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه. انتهى.

(٣) في (ج): حق.

(٤) كذا في (أ)، وفي (ج): لأنه شركة في مرافق، وفي (ز): يشركه في مرافق، وفي الباقي: لأنه شركة=

الجارُ، وقُوّةُ السَّبَبِ مُوجِبةٌ للتَّرجيح، ولأن الضَّرَرَ في حقِّ الشَّريكِ بسُوء الجِوارِ ومُؤنةِ القِسمةِ، وضررُ القِسمةِ إن لم يَصلُح عِلّةً صَلَح مُرجِّحًا؛ لأن التَّرجيحَ أبدًا بما لا يَكونُ عِلّةً للاستِحقاق.

وليس للشَّريك في الطَّريق والشِّرْبِ والجارِ شُفعةٌ مع الخَليطِ في الرَّقَبة، فإن سَلَّم فالشُّفعةُ للشَّريك في الطَّريق، فإن سَلَّم أخذها الجارُ؛ لِما بيَّنّا.

والْمُرادُ بهذا: الجارُ الْمُلاصِقُ، وهو الذي على ظَهر الدّارِ الْمَشفوعةِ، وبابُه في سِكّةٍ أُخرى.

وصُورتُه: مَنزِلٌ مُشتركٌ بينَ اثنَين في دارٍ هي لقوم في سِكّةٍ غيرِ نافِذةٍ، إذا باع أحدُ الشَّريكَين نَصيبَه من الْمَنزِل: فالشَّريكُ في الْمَنزِل أحقُّ بالشُّفعة، فإن سَلَّم: فالشُّرَكاءُ في الدّار أحقُّ بالشُّفعة من الشُّركاء في السِّكّة؛ لأنهم أمَسُّ قُربًا؛ للشِّرْكة بينَهم في صَحن الدّارِ، فإن سَلَّموا: فأهلُ السِّكّةِ أحقُّ بالشُّفعة؛ للشِّرْكة في الطَّريق، فإن سَلَّموا: فالجارُ الْمُلاصِقُ، وهو الذي على ظَهر هذا الْمَنزِلِ، وبابُ دارِه في سِكّةٍ أُخرى.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أن مع وُجودِ الشَّريكِ في الرَّقَبة لا شُفعةَ لغَيره، سَلَّم أو استَوفى؛ لأنهم مَحجوبون به.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن السَّبَبَ ثابتٌ للكلّ، إلا أن الشَّريكَ مُقدَّمٌ، فإذا سَلَّم كان لمن يَليه أن يَستوفيَ، كحقِّ غُرماءِ الصِّحّةِ مع غُرماءِ المرَضِ في التَّرِكة، فإنه إذا سَقَط حقُّهم بالإبراء كانت التَّرِكةُ لغُرماء المرَضِ، ولهذا قُلنا: يَنبَغي للجار أن يَطلُبَ الشُّفعةَ إذا عَلِم بالبَيع مع الشَّريكِ، حتى إذا سَلَّم الشَّريكُ تَمكَّن من أخذه.

فإن لم يَطلُب بعدَ عِلمِه حتى سَلَّم الشَّريكُ فلا حقَّ له بعدَ ذلك، والشَّريكُ في

= الشريك في مرافق الملك.

الْمَبِيع قد يَكونُ فِي بعضٍ منها، كما في مَنزِلٍ مُعيَّنٍ من الدّار، أو جِدارٍ مُعينٍ منها، وهو مُقدَّمٌ على الجار في الْمَنزِل، وكذا على الجار في بَقِيّة الدّارِ؛ لأن اتِّصالَه أَقوى.

ثم لا بُدَّ أن تَكونَ الشِّرْكةُ في الطَّريق أو الشِّرْبِ خاصّةً، حتى يُستحَقُّ[1] بها الشُّفعةُ، فالطَّرِيقُ الخاصُّ: أن لا يَكونَ نافِذًا، والشِّرْبُ الخاصُّ: أن يَكونَ نهرًا لا تَجري فيه السُّفُنُ، ثم قِيل: أُرِيد به أصغَرُ السُّفُنِ، وما تَجري فيه السُّفُنُ فهي شِرْكةٌ عامّةٌ، وهذا عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: الخاصُّ: أن يَكونَ نهرًا يُسقى منه قَراحانُ[2] أو ثَلاثةٌ، أو بُستانان أو ثَلاثةٌ، وما زاد على ذلك فهو عامٌّ.

وإن كانت سِكّةٌ غيرُ نافِذةٍ تَنشعِبُ منها سِكّةٌ غيرُ نافِذةٍ، وهي مُستطيلةٌ، فبِيعت دارٌ في السُّفلى: فلأَهلها الشُّفعةُ خاصّةً دونَ أهلِ العُليا؛ لأنه لا شِرْكةَ لهم فيها ولا حقُّ الْمُرورِ، وليس لهم أن يَفتَحوا فيها بابًا، فكانت كالْمَملوكة لأَهلها.

وإن بِيعت في العُليا فلأَهل السِّكّتَين؛ لأن لأَهل السُّفلى حقَّ الْمُرورِ فيها.

ولو كان نهرٌ صَغيرٌ[3] أخَذ منه نهرٌ أصغَرُ منه: فهو على قِياس الطَّرِيقِ، كما بيَّنّا.

وواضِعُ الجُذوعِ على حائِطٍ، والشَّريكُ في خَشَبةٍ عليه: جارٌ على عَدَد الرُّؤوسِ (ف) بالبَيع.

وواضِعُ الجُذوعِ على الحائِط، والشَّريكُ في الخَشَبة تَكونُ على حائِط الدّارِ: جارٌ. وتَأويلُه: إذا كان له حقُّ وضعِ الخَشَبةِ على الحائِط من غَير أن يَملِكَ شيئًا من رَقَبة

(١) في (ب) و(د): تتحقق.

(٢) القَراح: المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر، والجمع أقرحة. «المصباح» ٢/ ٤٩٦.

(٣) في (ج): نهرًا صغيرًا.

الحائِطِ؛ لأنه إذا كان هكذا فله حقُّ الشَّغلِ لا غيرُ، فكان جارًا لا شَريكًا.

وكذا بوَضع الجُذوعِ لا يَصيرُ شَريكًا في الدّار، وإنما هو جارٌ مُلازِقٌ[1].

والشُّفعةُ عندَنا على عَدَد الرُّؤوسِ دونَ مَقاديرِ الأنصِباءِ، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هي على مَقادير الأنصِباءِ.

وبَيانُه: في دارٍ بينَ ثَلاثةٍ لأحَدهم نِصفُها، ولآخرَ ثُلُثُها، ولآخرَ سُدُسُها، فباع صاحِبُ النِّصفِ نَصيبَه، وطَلَب الآخَران الشُّفعةَ: قُضِي بالشِّقص الْمَبيعِ بينَهما عندَ الشّافعيِّ أثلاثًا بقَدْر مِلكِهما، وإن باع صاحِبُ السُّدُسِ قُضِي بينَهما أخماسًا، وإن باع صاحِبُ الثُّلُثُ قُضِي بينَهما أرباعًا.

وعندَنا: يُقضى بينَهما نِصفان في الكلّ.

له: أن الشُّفعةَ من مَرافِق الْمِلكِ؛ لأنها تُستحَقُّ بالْمِلك، وتَجِبُ لتكميل[2] مَنفَعةِ الْمِلكِ، فتكونُ على قَدْر الْمِلكِ، كالوَلَد، واللَّبَنِ، والثَّمَرةِ، والرِّبحِ، والغَلّةِ في الْمِلك الْمُشترَكِ.

ولنا: أنهما استَويا في سَبَب الاستِحقاقِ، وهو الاتِّصالُ[3]، فيَستَويان في الاستِحقاق؛ وهذا لأن عِلّةَ الاستِحقاقِ أصلُ الْمِلكِ لا قَدْرُه، ولهذا لو باع صاحِبُ الكَثيرِ نَصيبَه كان لصاحِب القَليلِ أن يَأخُذَ الكلَّ بالشُّفعة، كما لو باع صاحِبُ القَليلِ نَصيبَه كان لصاحِب الكَثيرِ أن يَأخُذَ الكلَّ بالشُّفعة.

فمِلكُ كلِّ جُزءٍ من الْمَبيع عِلّةٌ تامّةٌ لاستِحقاق جَميعِ الْمَبيعِ بالشُّفعة، وكَثرةُ

---

(١) في (هـ) و(ز): ملاصق.

(٢) في (ب) و(د): لتمليك.

(٣) في (ب) و(د): و(هـ): سبب الاستحقاق والاتصال.

الاتِّصالِ تُشعِرُ بكَثرة العِلّةِ، والتَّرجيحُ بقُوّة العِلّةِ لا بكَثرة العِلّةِ؛ لأن ما يَصلُحُ عِلّةً بانفِراده لا يَصلُحُ مُرجِّحًا، كما في كَثرة الشُّهودِ، وكَثرةِ الجِراحاتِ، وكَثرةِ الأقيسةِ، وعندَ ظُهورِ التَّرجيحِ الْمَرجوحُ مَدفوعٌ بالرّاجِح، وهنا لا يَبطُلُ صاحِبُ القَليلِ، فعَرَفنا أنه لا تَرجيحَ في جانِبه.

واللَّبَنُ والثَّمَرةُ ونحوُهما مُتولِّدةٌ من العَين، فتَتولَّدُ بقَدرْ الْمِلكِ، أما تَملُّكُ مِلكِ غيرِه: فلا يَتولَّدُ من مِلكه، فكيف يُجعَلُ كالثَّمَرة واللَّبَنِ والولَدِ؟!

ولو أسقَط بعضُهم: فهي للباقِين في الكلِّ على عَدَدهم؛ لأن السَّبَبَ كامِلٌ في حقِّ كلِّ واحِدٍ منهم، والنُّقصانُ للمُزاحَمة، وقد زالت.

ولو كان البعضُ غائِبًا يُقضى بها بينَ الحُضورِ على عَدَدهم؛ لأنه لو امتَنَع لامتَنَع لطَلَب الغائِبِ، وهو مَشكوكٌ فيه، فلا يَمتنِعُ الاستيفاءُ للحُضور مع تَيقُّنِ حقِّهم.

وإن قُضِي لحاضِرٍ بالكلّ، ثم حَضَر آخرُ: قُضِي له بالنِّصف، ولو حَضَر ثالِثٌ قُضِي له بثُلُث ما في يَد كلِّ واحِدٍ؛ رِعايةً للتَّسوِية بينَهم، فلو سَلَّم الحاضِرُ بعدَما قُضِي له بالكلِّ: لا يَأخُذُ القادِمُ إلا النِّصفَ؛ لأن القاضِيَ لَمّا قَضى بالكلِّ للحاضِر قَطَع حقَّ الغائِبِ عن النِّصف، بخِلاف ما قبلَ القَضاءِ.

والشُّفعةُ تَجِبُ بعَقد البيعِ، أي بعدَه، لا أنه[1] سببٌ؛ لِما مَرَّ أن سببَها الاتِّصالُ؛ وهذا لأن الشُّفعةَ إنما تَجِبُ عندَ رَغبةِ البائِع عن مِلك الدّارِ، والبيعُ يُعرِّفُها؛ ألا تَرى أنه يُكتفى بثُبوت البيعِ في حقِّه، ولهذا كان للشَّفيع أن يَأخُذَ بالشُّفعة إذا أقَرَّ البائِعُ بالبَيع، وإن كَذَّبه الْمُشتَري؛ لثُبوت البيعِ بإقرار البائِعِ، وإن لم يَثبُت مِلكُ الْمُشتَري؛ لإنكاره.

وتَستقِرُّ بالإشهاد.

(١) في (هـ): لأنه.

وتَستقِرُّ بالإشهاد؛ لأنه لا بُدَّ من طلَب الْمُواثَبةِ؛ لأن حقَّ الشُّفعةِ ضَعيفٌ يَبطُلُ بالإعراض، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشُّفعةُ كحلِّ العِقالِ»[1]، ولا بُدَّ من إثبات طلَبه عندَ القاضِي، ولا يَتمكَّنُ من ذلك إلا بالإشهاد.

وتُملَكُ بالأخذ بِرضاءٍ أو قَضاءٍ.

وتُملَكُ بالأخذ إذا سَلَّمها الْمُشتَري برِضاه، أو حَكَم بها حاكِمٌ، فإنه يَثبُتُ الْمِلكُ بحُكمه وإن لم يَأخُذ الدّارَ؛ وهذا لأن الْمِلكَ قد تَمَّ للمُشتَري، فلا يَنتقِلُ عنه إلى الشَّفيع إلا بالرِّضاء أو بالقَضاء، كما في الرُّجوع في الهِبة.

وفائِدتُه: تَظهَرُ فيما إذا مات الشَّفيعُ بعدَ طلَبِ الْمُواثَبةِ والتَّقريرِ، أو باع دارَه الْمُستحَقَّ بها الشُّفعةُ، أو بِيعت دارٌ بجَنب الدّارِ الْمَشفوعةِ قبلَ حُكمِ الحاكِمِ أو تَسليمِ الْمُشتَري: لا تُورَثُ عنه في الصُّورة الأُولى، وتَبطُلُ شُفعتُه في الثّانية، ولا يَستحِقُّها في الثّالِثة؛ لعَدَم الْمِلكِ له.

(١) رواه ابن ماجه (٢٥٠٠)، والبزار (٥٤٠٥)، والبيهقي (١١٥٨٩).

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

فإن عَلِم ببيعه: أشهَد في مَجلِسه على طَلَبه، ثم على البائع لو في يَده، أو الْمُبتاعِ، أو عندَ العَقارِ، ثم لا تَسقُطُ بتأخيره (س م).

فإن عَلِم الشَّفيعُ بالبَيع أشهَد في مَجلِسه على طَلَبه، ثُم على البائع لو كان الْمَبيعُ في يَده، أو على الْمُبتاع، أو عندَ العَقارِ، ثم لا تَسقُطُ بتأخيره.

اعلَم أن الطَّلَبَ على ثَلاثة أوجُهٍ:

أحَدُها: طلَبُ الْمُواثَبةِ، وهو أن يَطلُبَها كما عَلِم، حتى لو بَلَغه البيعُ ولم يَطلُب، وأخَّر ساعةً: بَطَلت شُفعتُه؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الشُّفعةُ لمن واثَبها»[1]، ولأنه إذا سَكَت عن الطَّلَب فذلك منه دَليلُ الرِّضا بمُجاوَرة الجارِ الحادِثِ، ودَليلُ الرِّضا كصَريحه.

ولو أُخبِر بكِتابٍ والشُّفعةُ في أوّله أو في وَسَطه، فقَرأ الكِتابَ إلى آخِره: بَطَلت شُفعتُه، وعلى هذا عامّةُ الْمَشايخِ، وهو رِوايةٌ عن محمدٍ[2] رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعنه: أنه له مَجلِسُ العِلمِ، وهو اختيارُ الكَرخيِّ؛ لأن الشَّرعَ أوجَب له حقَّ التَّملُّكِ

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٧٦: غريب، وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٤٤٠٦) من قول شريح: إنما الشفعة لمن واثبها، وكذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب «غريب الحديث» في باب كلام التابعين وهو آخر الكتاب.

(٢) في (ج): أبي حنيفة.

ببدَلٍ، ولو أوجَب له البائعُ ذلك بإيجاب البيعِ كان له خِيارُ القَبولِ ما دام في مَجلِسه، فهذا مِثلُه.

وعلى هذه الرِّوايةِ: إذا عَلِم فقال: (الحمدُ لله) أو (لا حولَ ولا قُوّةَ إلا بالله) أو قال: (سُبحانَ اللهِ): فهو على شُفعته؛ لأن الأوّلَ حمدٌ على الخَلاص من سُوء جِوارِ البائِع مع الأمنِ من ضَرَر الدَّخيلِ بالشُّفعة، والثّاني تَعجُّبٌ منه لقَصد إضرارِه، والثّالثُ لافتِتاح كَلامِه، كما هو عُرفُ بعضِ النّاسِ، فلا يَدُلُّ شيءٌ منه على الإعراض.

وكذا إذا قال: (من ابتَاعها؟) و(بكم بِيعَت؟): فليس بإعراضٍ؛ لأنه قد يَرضى بمُجاوَرة إنسانٍ دونَ غيره، وقد يَصلُحُ له بثَمَنٍ دونَ ثَمَنٍ، فكان التَّعرُّفُ عن هذا تَحقيقًا للطَّلَب لا إعراضًا عنه.

والْمُرادُ بقَوله: (أشهَدَ في مَجلِسه ذلك على الْمُطالَبة): طلَبُ الْمُواثَبةِ، والإشهادُ فيه ليس بلازِمٍ[1]، وإنما الإشهادُ لِمَخافة الجُحودِ، حتى لو جَحَد الْمُشتَري هذا الطَّلَبَ فالشُّهودُ يَشهَدون له على ذلك.

ويَصِحُّ الطَّلَبُ بكلِّ لفظٍ يُفهَمُ منه طلَبُ الشُّفعةِ، كقَوله: (طَلَبتُ الشُّفعة) أو (أطلُبُها) أو (أنا طالِبُها)؛ لأن العِبرةَ للمَعنى، وفي العُرف: يُرادُ بهذه الألفاظِ الطَّلَبُ للحال لا الخبَرُ عن أمرٍ ماضٍ أو مُستقبَلٍ، حتى قال الشَّيخُ الإمامُ أبو بكرٍ محمدُ بنُ الفضلِ الرُّستاقيُّ: إذا سَمِع ببَيع أرضٍ بجَنب أرضِه فقال: (شُفعةٌ شُفعةٌ): كان ذلك منه طلَبًا[2].

وإذا بَلَغ الشَّفيعَ بيعُ الدّارِ لم يَجِب عليه الإشهادُ حتى يُخبِرَه بذلك رَجُلان، أو

---

(١) في (ج): بواجب.

(٢) في (ز): طلبًا للشفعة.

رَجُلٌ وامرَأتان، أو واحِدٌ عَدْلٌ.. عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقالا: يَجِبُ عليه أن يُشهِدَ إذا أخبَره واحِدٌ، حُرًّا كان أو عبدًا، صبيًّا أو امرَأةً.. إذا كان ذلك الخبرُ حقًّا.

وهو نَظيرُ اختِلافِهم في عَزل الوَكيلِ، وقد مَرَّ بأخَواته.

وهذا بخِلاف الْمُخيَّرةِ إذا بَلَغها التَّخييرُ؛ فإنه لم يُعتبَر في التَّخيير أحدُ شَطرَي الشَّهادةِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه ليس له فيه إلزامُ حُكمٍ، بل هو إبقاءُ ما كان على ما كان، وفي حقِّ الشَّفيعِ إلزامٌ، حيث يَلزَمُه ضرَرُ سُوءِ الجِوارِ.

وبخِلاف ما إذا قال الْمُشتَري للشَّفيع: (قد اشتَريتُ، فلم تَطلُب)؛ فإنه تَبطُل شُفعتُه وإن لم يكن عَدْلًا؛ لأنه خصمٌ في هذا، والعَدالةُ غيرُ مُعتبَرةٍ في الخُصوم.

وثانِيها: طَلَبُ التَّقريرِ والإشهادُ؛ لأنه مُحتاجٌ إليه لإثباته عندَ القاضِي، ولا يُمكِنُه الإشهادُ ظاهِرًا على طَلَب الْمُواثَبةِ؛ لأنه على فَور العِلمِ بالشِّراء، فيُحتاجُ بعدَه إلى طَلَب الإشهادِ والتَّقريرِ، حتى لو سَمِع الشِّراءَ بحَضرة البائِعِ أو الْمُشتَري أو الدّارِ، وطَلَبَ طلَبَ الْمُواثَبةِ، وأشهَد على ذلك: فذلك يَكفِيه، ويَقومُ ذلك مَقامَ الطَّلَبَين، كذا في «الفَتاوى الظَّهيريّةِ».

وبَيانُه: أن يَنهَضَ من الْمَجلِس، ويَشهَدَ على البائِع إن كان الْمَبيعُ في يَده، بأن لم يُسلِّم إلى الْمُشتَري؛ لأن اليدَ له، **أو على الْمُشتَري**؛ لأن الْمِلكَ له، **أو عندَ العَقارِ**؛ لتَعلُّق الحقِّ به، **فإذا فَعَل ذلك استَقرَّت شُفعتُه**.

ومُدّةُ هذا الطَّلَبِ مُقدَّرةٌ بالتَّمكُّن، حتى لو لم يَطلُب بعدَما تَمكَّن من الطَّلَب الثّانِي عندَ حَضرةِ البائِعِ أو الْمُشتَري أو الدّارِ: بَطَلت شُفعتُه؛ نفيًا للضَّرَر عن الْمُشتَري؛ لأنه ربما يَتصرَّفُ في الدّار على تَقدير أنه لا يَطلُبُ الشُّفعةَ، ثم طَلَبَ الشُّفعةَ بعدَ زَمانٍ، فتُنقَضُ تَصرُّفاتُه في الدّار.

وإذا لم تكن الدّارُ في يَد البائِع لا يَصِحُّ الطَّلَبُ منه؛ لأنه لم يَبقَ له يدٌ ولا مِلكٌ، فصار كالأجنبيّ، كذا ذَكره القُدُوريُّ في «شَرحه»، وذَكَر شيخُ الإسلامِ خَواهَرْ زادَه: أنه يَصِحُّ استِحسانًا؛ لأن الإشهادَ حَصَل على العاقِد، فيَصِحُّ، كما يَصِحُّ على الْمُشتَري، وصُورةُ هذا الطَّلَبِ: أن يَقولَ: (إن فُلانًا اشتَرى هذه الدّارَ، وأنا شَفيعُها، وكُنتُ طَلَبتُ الشُّفعةَ، وأطلُبُها الآنَ، فاشهَدوا على ذلك).

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يُشترَطُ تَسميةُ الْمَبيعِ وتَحديدُه؛ لأن الْمُطالَبةَ إنما تَصِحُّ في مَعلومٍ، فإذا لم يُبيِّن الْمَطلوبَ لم يكن للمُطالَبة اختِصاصٌ بالْمَبيع، فلم يَتعلَّق بها حُكمٌ.

والثّالثُ: طلَبُ الخُصومةِ والتَّمليكِ، وسنُبيِّنُ كَيفيّتَه إن شاء اللهُ تَعالى.

ولا تَسقُطُ الشُّفعةُ بتَأخير هذا الطَّلَبِ عندَ أبي حنيفة، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسف، رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، وهو ظاهِرُ الرِّوايةِ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن تَرَكَ ذلك شهرًا بعدَ الإشهادِ بَطَلت شُفعتُه، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ومَعناه: إذا تَركَها بغَير عُذرٍ، كالمرَض والحبسِ ونحوِهما؛ لأنه لو لم يَسقُط حقُّه بتَأخير الخُصومةِ أبدًا يَتضرَّرُ به الْمُشتَري، فإنه يَتعذَّرُ عليه التَّصرُّفُ مَخافةَ أن يَنقُضَ الشَّفيعُ تَصرُّفَه، والضَّرَرُ مَدفوعٌ.

وإنما قُدِّر بالشَّهر: لأنه في حُكم الآجلِ، وما دونَه عاجِلٌ؛ بدَليل السَّلَمِ واليَمينِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إذا تَرَكَ الْمُخاصَمةَ اختِيارًا في مَجلِسٍ من مَجالِس القاضِي: تَبطُلُ الشُّفعةُ؛ لأنه دَليلٌ على إعراضه وتَسليمِه.

وجهُ ظاهِرِ الْمَذهَبِ -وعليه الفَتوى-: أن حقَّه قد تَقرَّر شرعًا، فلا يَبطُلُ بتَأخيره، كسائِر الحُقوقِ، إلا أن يُسقِطَها بِلِسانه، وما ذُكِر من الضَّرَر يُمكِنُه أن يَرفَعَ الأمرَ إلى

القاضِي حتى يَأمُرَه بالأَخذ أو بالتَّرك، فمتى لم يَفعَل فهو الذي أضَرَّ بنَفسه؛ ألا تَرى أن الشَّفيعَ لو كان غائِبًا لا تبطُلُ شُفعتُه.

ولا فرقَ في حقِّ الْمُشتَري بينَ الحَضرةِ والغَيبةِ.

ولو عَلِم أنه لم يكن في البَلَد قاضٍ لا تَبطُلُ شُفعتُه بالتَّأخير بالاتِّفاق؛ لأنه لا يَتمكَّنُ من الخُصومة إلا عندَ القاضِي، فكان عُذرًا.

فإن طَلَب عندَ قاضٍ: سَأل الْمُدَّعى عليه، فإن أقَرَّ بمِلك(ز ف) ما يَشفَعُ به، أو نَكَل(ز ف) أو بَرْهَن(ز ف) الشَّفيعُ: سَأل عن الشِّراء، فإن أقَرَّ به، أو نَكَل، أو بَرْهَن: قَضى بها.

فإن طَلَب الشَّفيعُ الشُّفعةَ عندَ قاضٍ: سَأل الْمُدَّعى عليه، فإن أقَرَّ بمِلك ما يَشفَعُ به، أو نَكَل، أو بَرْهَن الشَّفيعُ: سَأل عن الشِّراء، فإن أقَرَّ به، أو نَكَل، أو بَرْهَن: قُضِي بها.

اعلَم أنه إذا تَقدَّم الشَّفيعُ إلى القاضِي فادَّعى الشِّراءَ، وطَلَب الشُّفعة: سَأل القاضِي الْمُدَّعى عليه، فإن أقَرَّ بمِلكه الذي يَشفَعُ به، وإلا كَلَّفه إقامةَ البيِّنةِ؛ لأن اليدَ يُحتمَلُ أن تَكونَ يدَ مِلكٍ وغيرَ ذلك، والْمُحتمِلُ لا يَصلُحُ أن يَكونَ حُجّةً للإلزام على الغَير.

وقال زفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: استَحقَّ الشُّفعةَ بظاهِر الْمِلكِ باعتِبار اليدِ، ولا يُحتاجُ إلى إقامة البيِّنةِ، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأن اليدَ دَليلُ الْمِلكِ؛ ألا تَرى أنه إذا رَأى شيئًا في يَد إنسانٍ حَلَّ له أن يَشهَدَ بالْمِلك بِناءً على اليَد.

ويَنبَغي أن يَسألَ القاضِي الْمُدَّعيَ قبلَ أن يُقبِلَ على الْمُدَّعى عليه عن مَوضِع الدّارِ الْمَشفوعةِ وحُدودِها؛ لأنه يَدَّعي فيها حقًّا، فصار كما لو ادَّعى رَقَبتَها، وثَمَّ[1] يُشترَطُ التَّحديدُ؛ لأن الدَّعوى إنما تَصِحُّ بعدَ إعلامِ الْمُدَّعي[2]، وإعلامُه بذِكر الحُدودِ.

(١) في (د): ولم.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): المدعى به.

فإذا بيَّن ذلك سَأله عن السَّبَب الذي به يَدَّعي الشُّفعةَ؛ لاختِلاف أسبابِها، فلا بُدَّ من البَيان ليَظهَرَ أن ما جَعَله سببًا هل هو سببٌ أم لا.

فإن قال: (أنا شَفيعُها بدارٍ لي تُلاصِقُها)، وبيَّن حُدودَها أيضًا: تمَّ دَعواه الآنَ.

فإن عَجز الشَّفيعُ عن إقامة البيِّنةِ استُحلِف الْمُشتَري بالله ما تَعلَمُ أنه مالِكٌ للدّار التي يَطلُبُ الشُّفعةَ بها، مَعناه: بطَلَب الشَّفيعِ؛ لأنه حقُّه؛ وهذا لأنه ادَّعى عليه أمرًا لو أقرَّ به يَلزَمُه، فإذا أنكر يُستحلَفُ.

وإنما يُحلَّفُ على العِلم: لأنه استِحلافٌ على ما في يَد غيرِه.

فإن نكَل أو أَقام الشَّفيعُ بيِّنةً: ثَبت مِلكُه الدّارَ[1] التي يَشفَعُ بها، وثبَت الجِوارُ، فبعدَه يَسألُ القاضِي الْمُدَّعى عليه هل اشتَرى أم لا، فإن أنكر الشِّراءَ يُقالُ للشَّفيع: (أَقِم البيِّنةَ)؛ لأن الشُّفعةَ لا تَجِبُ إلا بعدَ البيعِ، وثُبوتُه يَكونُ بالحُجّة.

فإن عَجز عن إِقامة البيِّنةِ استُحلِف الْمُشتَري بالله ما اشتَريتَ هذه الدّارَ، أو بالله ما استَحِقّ[2] في هذه الدّار شُفعةٌ من الوَجه الذي ذَكَره، فالأوَّلُ على السَّبَب، والثّاني على الحاصِل وقد مرَّ بيانُه في الدَّعوى.

وإنما يُحلِّفُه على البَتات: لأنه تَحليفٌ على فِعل نفسِه وعلى ما في يَده أصالةً، وقد مرَّ أن في مِثله يُحلَّفُ على البَتات.

وإنما يَلزَمُه إحضارُ الثَّمَن بعدَ[م] القَضاءِ.

وتَجوزُ الْمُنازَعةُ في الشُّفعة وإن لم يُحضِر الشَّفيعُ الثَّمَنَ إلى مَجلِس القاضِي، فإذا قَضى القاضِي بالشُّفعة لَزِمه إحضارُ الثَّمَنِ، وهذا ظاهِرُ رِوايةِ «الأصلِ».

(١) في (ج): ملكه في الدار.

(٢) في (ب) و(د): ما تستحق.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يُقضى حتى يُحضِرَ الشَّفيعُ الثَّمَنَ، وهو رِوايةُ الحسَنِ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لجَواز أن يَكونَ الشَّفيعُ مُفلِسًا، فيتوى مالُ الْمُشتَري، وقد قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا تَوىً على مال امرِئٍ مُسلِمٍ»(١).

وجهُ الظّاهرِ: أن الثَّمنَ قبلَ القَضاءِ غيرُ واجِبٍ عليه، فلا يَجِبُ إحضارُه؛ وهذا لأن الإحضارَ للتَّسليم، ولا يَجِبُ عليه تَسليمُه قبلَ القَضاءِ.

وإذا قَضى القاضِي له بالشُّفعة قبلَ إحضارِ الثَّمَنِ: فللمُشتَري أن يَحبِسَ الدّارَ عنه حتي يَستوفيَ الثَّمَنَ؛ لأنهما نَزَلا مَنزِلةَ البائِعِ والْمُشتَري.

ويَنفُذُ القَضاءُ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أيضًا؛ لأنه قَضى في فصلٍ مُجتهَدٍ فيه، فينفُذُ، ووَجَب عليه الثَّمَنُ، فيَحبِسُه فيه.

فلو أخَّر أداءَ الثَّمَنِ بعدَما قال له: (ادفَع الثَّمَنَ إليه): لا تَبطُلُ شُفعتُه عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لتأكُّدها بالقَضاء.

وخاصَم البائِعَ لو في يَده.

وللشَّفيع أن يُخاصِمَ البائِعَ إذا كان الْمَبيعُ في يَده؛ لأن البائِعَ يَصيرُ مُستحِقًّا عليه يدًا، فكانت(٢) الخُصومةُ ثابتةً قِبلَه، كالمالِك.

(١) ذكره المصنف فيما تقدم موقوفًا ومرفوعًا، وقلت ثمة: أما الموقوف: فقد رواه الترمذي ٢/ ٥٩٢ معلقًا، ورواه الإمام أحمد في «العلل» (٢١٥٤)، وابن أبي شيبة (٢٠٧٢٤) والبيهقي (١١٣٩١) عن أبي إياس عن عثمان في الحوالة: يرجع، ليس على مال امرِئٍ مسلم توًى.

قال في «الجوهر النقي» ٦/ ٧١: وذكر أبو بكر الرازي -الجصاص- وغيره: أنه لا يُعلم لعثمان في ذلك مخالفٌ من الصحابة.

وأما كونه مرفوعًا، فقد ذكره غير واحد من أئمتنا، ولم أقف على إسناد له.

(٢) في (ب) و(د) و(ز): وكانت.

ويَسمَعُ البيِّنةَ، ويَفسَخُ البيعَ عندَ الْمُشترِي، والعُهدةُ على البائع(ف).

ولا يَسمَعُ القاضِي البيِّنةَ حتى يَحضُرَ الْمُشترِي فيَفسَخَ البيعَ بمَشهَدٍ منه، ويَقضِيَ بالشُّفعة على البائِع، ويجعَلَ العُهدةَ عليه؛ لأن الْمِلكَ للمُشتَرِي، واليدَ للبائِع، والشَّفيعُ يُرِيدُ استِحقاقَهما[1] جميعًا، والقاضِي يَقضِي بهما[2] للشَّفيع، فيُشترَطُ حُضورُهما.

ولأن أخذَه من يَد البائِعِ يُوجِبُ انفِساخَ البيعِ بينَ البائِعِ والْمُشتَرِي، وذا لا يَتِمُّ إلا بمَحضَرٍ من الْمُشتَرِي، فشُرِط[3] حُضورُهما لذلك.

بخِلاف ما إذا كانت الدّارُ قد قُبِضت؛ حيث لا يُشترَطُ حُضورُ البائِعِ؛ لأن حُكمَ العقدِ في حقِّ البائِعِ قد انتَهى بالتَّسليم إلى الْمُشتَرِي، فصار هو كأجنَبيٍّ آخَرَ.

ثم وجهُ هذا الفسخِ الْمَذكورِ: أن يَنفسِخَ في حقِّ الإضافةِ إلى الْمُشتَرِي؛ لأنه إذا أخَذ بالشُّفعة فات بأَخذه القبضُ الْمُستحَقُّ بالعَقد في حقِّ الْمُشتَرِي، وذا يُوجِبُ انفِساخَ البيعِ، كما لو هَلَك الْمَبيعُ قبلَ القبضِ، إلا أنه يَبقى أصلُ البيعِ؛ لأن قولَ البائِعِ للمُشتَرِي: (بِعتُ) إيجابٌ للبَيع، وقولَه: (منك) إضافةٌ إليه.

فإذا أخَذ الشَّفيعُ بالشُّفعة صار كأن ذلك البيعَ أُضِيف إلى الشَّفيع بعدَ أن كان مُضافًا إلى الْمُشتَرِي، فيَنتقِضُ البيعُ في حقِّ الإضافةِ إليه، لا أنه[4] يَنتقِضُ أصلُ العقدِ، كما إذا رَمى سهمًا إلى إنسانٍ، فتَقدَّم عليه غيرُه فأَصابه: فالرَّميُ في نَفسه لم يَتبدَّل، ولكن الإرسالُ والتَّوجيهُ على الأوَّل قد انقطَع بتَخلُّل هذا الثّانِي، فخَرَج من أن يَكونَ

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): استحقاقها.

(٢) في (ب) و(د): بها.

(٣) في (أ): بالشرط، وفي (ز): فيشرط.

(٤) في (د) و(هـ): إلا أنه.

مَقصودًا بالرَّمي، فكذا ههنا تَحوَّلت الصَّفْقةُ إليه، كأن العقدَ من الابتِداء وَقَع معه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: العُهدةُ على الْمُشتَري بكلِّ حالٍ، سَواءٌ أخذها من يَد البائِعِ أو من يَد الْمُشتَري؛ لأن عندَه حُقوقَ العقدِ تَرجِعُ إلى المالِك.

والوَكيلُ بالشِّراء خصمٌ له ما لم يُسلِّم.

والوَكيلُ بالشِّراء خصمٌ للشَّفيع ما لم يُسلِّم؛ لأن الأخذَ بالشُّفعة من حُقوق العقدِ، وحُقوقُ العقدِ تَرجِعُ إلى العاقِد، والعاقِدُ هو الوَكيلُ، إلا أن يُسلِّمَ الدّارَ إلى الْمُوكِّل، فيَكونُ الْمُوكِّلُ هو الخصمَ؛ لأنه لا يدَ للوَكيل ولا مِلكَ؛ وهذا لأن الوَكيلَ كالبائِع من الْمُوكِّل، فتَسليمُه إلى الْمُوكِّل كتَسليم البائِعِ إلى الْمُشتَري، فتَصيرُ الخُصومةُ معه.

فإن قِيل: لو كان هو كالبائِع، والْمُوكِّلُ كالْمُشتَري لشُرِط حُضورُهما كما شُرِط ثَمّ.

قُلنا: إنه نائِبٌ عن الْمُوكِّل، فكان حُضورُه كحُضور الْمُوكِّلِ في الخُصومة قبلَ التَّسليمِ، بخِلاف البائِعِ مع الْمُشتَري؛ فإنه لا يُكتفى بحَضرة البائِعِ حتى يَحضُرَ الْمُشتَري؛ لأن البائِعَ ليس بنائِبٍ عن الْمُشتَري.

وكذا إذا كان البائِعُ وَكيلَ الغائِبِ[1] فللشَّفيع أن يَأخُذَها منه إذا كانت في يَده؛ لأنه عاقِدٌ، وكذا إذا كان البائِعُ وصِيًّا لميْتٍ فيما يَجوزُ بيعُه، على ما سيَجيءُ في مَوضِعه إن شاء الله تَعالى.

وللشَّفيع خِيارُ الرُّؤيةِ والعَيبِ، وإن شَرَط الْمُشتَري البَراءةَ.

وللشَّفيع الرَّدُّ بخِيار الرُّؤيةِ والعَيبِ، وإن شَرَط الْمُشتَري البَراءةَ عنه على من أخَذها منه؛ لأن الأخذَ بالشُّفعة بمَنزِلة الشِّراءَ؛ لتَحوُّل الصَّفقةِ إليه، فيَثبُتُ فيه الخِيارانِ،

(١) في (أ) و(هـ): وكيلاً لغائب، في (ز): وكيلاً للغائب.

كما[1] في الشِّراء.

ولا يَسقُطُ بشَرط البَراءةِ من الْمُشتَري ولا برُؤيته؛ لأن الْمُشتريَ ليس بنائِبٍ عن الشَّفيع، فلا يَعمَلُ شرطُه ورؤيته في حقه.

(١) في (د): الخيار إن كان، وفي (هـ): الخيار كما.

فَصْلٌ في الاخْتِلافِ

وإن تَنازَعا في الثَّمَن: فالْمُشتَري أحَقُّ، وإن بَرْهَنا: فشَفيعُه(س ف).

وإن تَنازَع الشَّفيعُ والْمُشتَري في الثَّمَن والدّارُ مَقبوضةٌ، والثَّمَنُ مَنقودٌ[١]: فالقولُ للمُشتَري؛ لأن الشَّفيعَ يَدَّعي حقَّ الأخذِ عندَ نقدِ الأقَلِّ[٢]، والْمُشتريَ يُنكِرُ، والقولُ للمُنكِرِ مع يَمينِه.

ولا يَتحالَفان؛ لأنه لا نصَّ هنا، والتَّحالُفُ في غَير مَورِدِ النَّصِّ إنما يَكونُ إذا ادَّعى كلُّ واحِدٍ على الآخَر حقًّا[٣]، والْمُشتَري هنا لا يَدَّعي على الشَّفيع شيئًا؛ لأن الْمُدَّعيَ هو الذي لو تَرَك تُرِك، والْمُختصُّ بهذه الصِّفةِ الشَّفيعُ لا الْمُشتَري.

ولو أَقاما البَيِّنَةَ فالبَيِّنةُ للشَّفيع عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: البيِّنةُ بَيِّنةُ الْمُشتَري؛ لأنها تُثبِتُ زِيادةَ الثَّمَنِ، والْمُثبِتُ للزِّيادة من البيِّنتَين أَولى بالعَمَل، كما لو اختَلَف البائِعُ والْمُشتَري، أو الوَكيلُ بالشِّراء مع الْمُوكِّلِ.. في مِقدار الثَّمَنِ، أو الْمُشتَري من العدوِّ مع المالِكِ القَديمِ في ثَمَن العبدِ الْمَأسورِ، وأَقاما البَيِّنَةَ، فإن بَيِّنةَ البائِعِ والوَكيلِ والْمُشتَري من العدوِّ: أَولى؛ لِما فيها من إِثبات الزِّيادةِ.

(١) قوله: (في الثمن والدار مقبوضة والثمن منقود) مثبت من (أ) و(ج).

(٢) في (ب) و(د): الأول.

(٣) والنص هو: (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر)، وقد تقدم.

ولهما: أنه لا تَنافيَ بينَ البيِّنتَين في حقِّ الشَّفيعِ؛ ألا تَرى أنه لو اشتَرى مرّتَين، مرّةً بألفٍ ومرّةً بألفَين: كان للشَّفيع أن يَأخُذَ بأيِّهما شاء، فعرَفنا أنه لا تَنافيَ بينَهما في حقِّه، فيُجعَلُ في حقِّ الشَّفيعِ كأن الشِّراءَين ثابِتان، فله أن يَأخُذَ بأيِّهما شاء.

بخِلاف البائِعِ مع الْمُشتَري؛ لأن العمَلَ بالبيِّنتَين ثَمَّ غيرُ مُمكِنٍ، فالعقدُ الثّاني لا يُتصوَّرُ إلا[1] بانفِساخ الأوَّلِ في حقِّهما، فصِرنا إلى التَّرجيح بالزِّيادة، وهنا الفسخُ لا يَظهَرُ في حقِّ الشَّفيعِ، فأمكَن اعتِبارُ البيعَين[2] في حقِّه، فلا يُصارُ إلى التَّرجيح.

وأما الوَكيلُ مع الْمُوكِّلِ إذا اختَلَفا: فقد رَوى ابنُ سَماعةَ عن محمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أن البيِّنةَ بيِّنةُ الْمُوكِّلِ، ولئن سُلِّم فلأن الوَكيلَ مع الْمُوكِّلِ كالبائع مع الْمُشتَري، وقد بيَّنّا العُذرَ فيه.

وأما المالِكُ القَديمُ مع الْمُشتَري من العدوّ: فقد نَصَّ في «السِّيَر الكَبيرِ»: أن البيِّنةَ بيِّنةُ المالِكِ القَديمِ.

فلنا أن نَمنَع، ولئن سَلَّمنا فهناك العمَلُ بالبيِّنتَين غيرُ مُمكِنٍ في حقِّ المالِكِ القَديمِ؛ لأن الشِّراءَ الثّانيَ لا يَصِحُّ إلا بانفِساخ الأوَّلِ، فصِرنا إلى التَّرجيح بالزِّيادة.

ولأن بيِّنةَ الشَّفيعِ مُلزِمةٌ، وبيِّنةَ الْمُشتَري غيرُ مُلزِمةٍ، والبيِّناتُ للإلزام، فنُرجِّحُ الْمُلزِمُ من البيِّنتَين؛ وهذا لأنه إذا قُبِلت بيِّنةُ الشَّفيعِ وَجَب على الْمُشتَري تَسليمُ الدّارِ شاء أو أبى، وإذا قُبِلت بيِّنةُ الْمُشتَري لا يَجِبُ على الشَّفيع شيءٌ، ولكنه يَتخيَّرُ بينَ أن يَأخُذَ أو يَترُكَ.

وبه فارَق بيِّنةَ البائِعِ مع الْمُشتَري، وبيِّنةَ الوَكيلِ مع الْمُوكِّل؛ لأن كلَّ واحِدةٍ منهما

---

(١) سقطت من (أ).

(٢) في (ب) و(ز): البينتين.

مُلزِمةٌ، فرَجَّحنا بالزِّيادة.

وفي مَسألة الْمُشتَرِي من العدوِّ نَقولُ على هذه الطَّريقةِ: البيِّنةُ بيِّنةُ المالِكِ القَديمِ؛ لأنها مُلزِمةٌ، وبيِّنةُ الْمُشتَرِي غيرُ مُلزِمةٍ.

ولو ادَّعى الْمُشتَرِي ثَمنًا، وادَّعى بائِعُه أَقلَّ، ولم يَقبِض: أُخِذ بقَوله، وإن قَبض: فبقَول مُشترِيه.

ولو ادَّعى الْمُشتَرِي ثَمنًا، وادَّعى البائِعُ أَقلَّ منه، ولم يَقبِض البائِعُ الثَّمنَ: أخَذها الشَّفيعُ بما قال البائِعُ، وكان ذلك حطًّا عن الْمُشتَرِي؛ وذلك لأن الثَّمنَ إن كان كما قال البائِعُ فظاهِرٌ، وإن كان أكثَرَ كما قال الْمُشتَرِي فقد حَطَّ الثَّمنَ عن الْمُشتَرِي، والحطُّ عن الْمُشتَرِي حطٌّ عن الشَّفيع؛ لِما نُبيِّنُ إن شاء اللهُ تَعالى.

ولو ادَّعى البائِعُ أكثَرَ: تَحالَفا وتَرادَّا، وأيُّهما نَكل ظَهَر أن الثَّمنَ ما يَقولُه الآخَرُ، فيأخُذُها الشَّفيعُ بذلك؛ لأن النُّكولَ بمَنزلة الإقرارِ لما[1] يَدَّعيه صاحِبُه.

وإن حَلَفا[2]: فَسَخ القاضِي العقدَ بينَهما، وأخَذها الشَّفيعُ بما قال البائِعُ؛ لأن فسخَ البيعِ لا يُوجِبُ بُطلانَ حقِّ الشَّفيعِ، كما لو رُدَّ عليه بعَيبٍ بقَضاء قاضٍ.

وإن كان قَبَض الثَّمنَ أخَذها بقَول الْمُشتَرِي إن شاء، ولم يَلتفِت إلى قَول البائِعِ؛ لأن حُكمَ البيعِ في حقِّ البائِعِ يَنتَهي بوُصول الثَّمنِ إليه، فصار هو كأجنبيٍّ آخَرَ، فلا قولَ له بعدَه في بَيان مِقدارِ الثَّمنِ، وبَقِي الاختِلافُ بينَ الشَّفيعِ والْمُشتَرِي، فيَكونُ القولُ للمُشتَرِي.

---

(١) في (ج) و(ز): بما.

(٢) في (ز): تحالفا.

وإن كان نَقْدُ الثَّمَنِ غيرَ ظاهِرٍ، فقال البائِعُ[1]: (بِعتُ الدّارَ بألفٍ، وقَبَضتُ الثَّمَنَ): أَخَذها الشَّفيعُ بألفٍ[2]؛ لأنه أخبَرَ عن الثَّمَن في حالٍ له وِلايةُ البَيانِ، فبُنِي الحُكمُ عليه.

وإن قال: (قَبَضتُ الثَّمَنَ وهو ألفٌ): أَخَذها الشَّفيعُ بقَول الْمُشتَري؛ لأنه لَمّا أقَرَّ باستِيفاء الثَّمَنِ أَوَّلًا خَرَج من البَين، فلم يُقبَل بَيانُه، وقد خَرَج من البَين.

---

(١) في (هـ): يقال للبائع.

(٢) في (د) زيادة: وقبض الثمن.

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

وحطُّ البعضِ يَظهَرُ(ف) في حقِّه، لا حطُّ الكلِّ.

وإذا حَطَّ البائِعُ عن الْمُشتَري بعضَ الثَّمَنِ سَقَط ذلك عن الشَّفيع، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وإن حَطَّ كلَّ الثَّمَنِ لم يَسقُط عن الشَّفيع.

وأصلُه: ما مَرَّ في البُيوع أن حطَّ البعضِ يَلتحِقُ بأَصل العقدِ عندَنا، ويَخرُجُ الْمَحطوطُ من أن يَكونَ ثَمنًا، فيَبقى الثَّمَنُ ما[1] بَقِي، فيَأخُذُها الشَّفيعُ بذلك، وعندَه: لا يَلتحِقُ.

ولو كان الشَّفيعُ أخَذها بالأَلف، ثم حَطَّ البائِعُ عن الْمُشتَري تِسعَمائةٍ: فإنه يَنحطُّ ذلك عن الشَّفيع أيضًا، حتى يَرجِعُ بذلك القَدْرِ على الْمُشتَري؛ لأنه ظَهَر أنه أخَذ منه فوقَ حقِّه، بخِلاف حطِّ الكلِّ؛ لأنه لا يَلتحِقُ بأَصل العقدِ؛ لأنه حينَئذٍ يَصيرُ العقدُ بلا ثَمَنٍ.

وإن زاد الْمُشتَري البائِعَ في الثَّمَن لم تَلزَم الزِّيادةُ الشَّفيعَ؛ لأنه استَحقَّ أخْذَها بالثَّمَن الأوَّلِ قبلَ الزِّيادةِ، والْمُشتَري لا يَملِكُ إبطالَ الحقِّ الثّابتِ له، فلا يَملِكُ تَغييرَه أيضًا.

ونَظيرُ الزِّيادةِ: إذا جَدَّد العقدَ بأكثَرَ من الثَّمَن الأوَّلِ لم تَلزَم الشَّفيعَ، حتى كان له أن يَأخُذَها بالثَّمَن الأوَّلِ.

---

(١) في (هـ): بما.

والزِّيادةُ بِقيمة ثَمَنِه لو عَرَضًا وعَقارًا، وبمِثْله لو مِثليًّا، وبحالٍّ(ز ك ف) لو مُؤجَّلًا، أو إن حَلّ.

ومن اشتَرى دارًا بعَرْضٍ: أخَذها الشَّفيعُ بقِيمة العَرْضِ عندَنا.

وقال أهلُ الْمَدينةِ: يَأخُذُها بقِيمة الدّارِ؛ دفعًا للضَّرر عن الْمُشتَري بوُصول قِيمةِ مِلكِه إليه.

ولنا: أن الشَّفيعَ يَتملَّكُ بمِثل ما تَملَّك به الْمُشتَري.

والْمِثلُ نَوعان: كامِلٌ، وهو الْمِثلُ صُورةً ومَعنًى، **وقاصِرٌ**، وهو الْمِثلُ مَعنًى.

فإن اشتَراها بمَكيلٍ أو مَوزونٍ: أخَذها بمِثْله؛ لقُدرته على الْمِثل الكامِلِ؛ لأنهما من ذَوات الأمثالِ، وإن اشتَراها بعَرْضٍ: أخَذها بقِيمة العَرْضِ؛ لعَجزه عن الْمِثل الكامِلِ؛ لأنه من ذَوات القِيَمِ، ولئن كان بيعَ الشَّيءِ بالقِيمة فهو[1] في حالة البَقاءِ، فصار كما لو استُحِقَّ أحدُ العَبدَين.

وتُعتبَرُ قِيمةُ العَرْضِ وقتَ الشِّراءَ لا وقتَ الأخذِ.

وإن باع عَقارًا بعَقارٍ: أخَذ كلُّ شَفيعٍ كلَّ واحِدٍ منهما بقِيمة الآخرِ؛ لأنه من ذَوات القِيَمِ، والعدَديُّ الْمُتقارِبُ[2] من ذَوات الأمثالِ.

وإذا باع دارًا بثمَنٍ مُؤجَّلٍ: فللشَّفيع الخِيارُ، إن شاء أخَذها بثمَنٍ حالٍّ، وإن شاء صَبَر حتى يَنقضيَ الأجَلُ ثم يَأخُذُها.

وليس له أن يَأخُذَها في الحال بثمَنٍ مُؤجَّلٍ.

---

(١) في (ز): فهو بالقيمة.

(٢) في (هـ) و(ز): المتفاوت.

وقال زفرُ والشّافعيُّ ومالكٌ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: له ذلك؛ لأن للشَّفيع حقَّ الأخذِ بالثَّمن الذي تَملَّك به الْمُشتَري بصِفته، كما لو اشتَراه بألفٍ زُيوفٍ، والأجَلُ صِفةٌ للدَّين، يُقالُ: دَينٌ مُؤجَّلٌ، ودَينٌ حالٌّ.

ولنا: أن التَّأجيلَ ثَبَت شرطًا لا يَقتَضيه العقدُ، ولا شُرِط فيما بينَ الشَّفيعِ والبائِع أو الْمُشتَري، فلا يَثبُتُ في حقِّ الشَّفيعِ، كالخِيار، والرِّضا به في حقِّ الْمُشتَري لا يَكونُ رِضًا في حقِّ الشَّفيعِ؛ لتَفاوُت النّاسِ في الْمَلاءة.

والأجَلُ ليس بوصفٍ للثَّمَن؛ لأن الثَّمَنَ للبائِع، والأجَلُ حقُّ الْمُشتَري على البائِع، فكيف يَكونَ صِفةً للثَّمَن؟! وصار كما لو اشتَرى شيئًا بثَمَنٍ مُؤجَّلٍ، ثم وَلّاه غيرَه: لا يَثبُتُ الأجَلُ في حقِّه بغَير الذِّكرِ، كذا هنا.

فإن اختَار أخْذَها في الحال، فإن أخَذها من يَد البائِع سَقَط الثَّمَنُ عن الْمُشتَري؛ لِما مَرَّ أن البيعَ يَنفسِخُ في حقِّ الْمُشتَري، ويَقومُ الشَّفيعُ مَقامَ الْمُشتَري، وبانفِساخ العقدِ يَسقُطُ الثَّمَنُ عن الْمُشتَري.

وإن أخَذها من الْمُشتَري، ودَفَع إليه الثَّمَنَ في الحال: كان الثَّمَنُ للبائِع على الْمُشتَري إلى أجَله؛ لتَقرُّر العقدِ بينَهما، فصار كما إذا باعه بثَمَنٍ حالٍّ وقد اشتَراه بثمَنٍ مُؤجَّلٍ.

وإن اختَار الانتِظارَ له ذلك؛ لأن له أن لا يَلتزِمَ زِيادةَ الضَّرَرِ من حيث النَّقديّةُ، وإذا اختَار الانتِظارَ فعليه أن يَطلُبَ الشُّفعةَ في الحال، حتى إذا لم يَطلُب لم يكن له أن يَأخُذَها بعدَ حُلولِ الأجَلِ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وفي قَول أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ الآخِرِ[1]: له أن يَأخُذَها؛ لأن الطَّلَبَ غيرُ مقصودٍ

(١) في (ب) و(د): الأخير.

لعَينه، بل للأَخذ، وهو في الحال لا يَتمكَّنُ من الأَخذ، فلا فائِدةَ في طَلَبه في الحال، فسُكوتُه لأنه لم يَرَ فيه فائِدةً، لا لإِعراضه[1] عن الأَخذ.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن حقَّه في الشُّفعة قد ثَبَت؛ بدَليل أنه لو أَخَذه بثمَنٍ حالٍّ كان له ذلك، والسُّكوتُ عن الطَّلَب بعدَ ثُبوتِ حقِّه مُبطِلٌ شُفعتَه.

وبمِثل الخمرِ وقِيمةِ الخِنزيرِ لو ذِمِّيًّا[2]، وبقِيمتهما لو كان الشَّفيعُ مُسلِمًا.

وإن اشتَرى ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ دارًا بخمرٍ أو خِنزيرٍ، وشَفيعُها ذِمِّيٌّ: أَخذها بمِثل الخمرِ وقِيمةِ الخِنزيرِ؛ لأن البيعَ بالخَمر والخِنزيرِ صَحيحٌ فيما بينَهم، فيَثبُتُ للشَّفيع حقُّ الشُّفعةِ.

ثم الشَّفيعُ يَأخُذُ بمِثل ما تَملَّك به الْمُشتَري صُورةً ومَعنًى فيما له مِثلٌ، والخمرُ بهذه الصِّفةِ، وبالْمِثل مَعنًى[3] فيما لا مِثلَ له من جِنسه، والخِنزيرُ بهذه الصِّفةِ؛ لأنه حيَوانٌ ليس من ذَوات الأَمثالِ.

وإن كان شَفيعُها مُسلِمًا: أَخذها بقِيمة الخمرِ والخِنزيرِ.

أما الخِنزيرُ: فلأنه من ذَوات القِيَمِ.

وأما الخمرُ: فلأن الْمُسلِمَ عاجِزٌ عن تَسليمها وتَسلُّمِها، فالتَحق بذَوات القِيَمِ.

وإن كان شَفيعُها مُسلِمًا وذِمِّيًّا: أَخذ الذِّمِّيُّ نِصفَها بمِثل نِصفِ الخمرِ، والْمُسلِمُ نِصفَها بنِصف قِيمةِ الخمرِ؛ اعتِبارًا للبَعض بالكلّ.

فلو أسلَم الذِّمِّيُّ: أخَذها بنِصف قِيمةِ الخمرِ؛ لأنه عَجز عن تَمليك عَينِ الخمرِ

(١) في (ب): فيه فائدة لإعراضه، وفي (د): فيه فائدة لا حط لإعراضه. وانظر «الفتح» ٩/ ٣٩٧.

(٢) في (م): ذميين.

(٣) في (ز): معين.

بِإسلامه، فيأَخُذُ بالقِيمة، كما لو كان مُسلِمًا عندَ العقدِ.

ولا تَبطُلُ شُفعتُه؛ لأن الإسلامَ سببٌ لتَأكُّد حقِّه لا لإبطاله، فصار كما لو اشتَرى دارًا بكُرٍّ من رُطَبٍ، فجاء الشَّفيعُ بعدَما انقطَعَ الرُّطَبُ من أَيدي النّاسِ، فإنه يَأخُذُ الدّارَ بقِيمة الرُّطَبِ، كذا هنا.

وبالثَّمَن وقِيمةِ البِناءِ والغرسِ لو فَعَلهما، أو كُلِّف(س ك ف) قَلْعَهما.

وإذا بَنى الْمُشتَري أو غَرَس، ثم قُضِي للشَّفيع بالشُّفعة: فهو بالخِيار، إن شاء أَخَذها بالثَّمَن وقِيمةِ البِناءِ أو الغرسِ مَقلوعًا، وإن شاء كَلَّف الْمُشتريَ قلْعَه.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا يُكلَّفُ القلعَ، ويُخيَّرُ بينَ أن يَأخُذَ بالثَّمَن وقِيمةِ البِناءِ والغرسِ وبينَ أن يَترُكَ، وبه قال مالِكٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَااللَّهُ؛ لأن له أن لا يَرضى[1] بضَرَر هذا الجارِ، ولكن ليس له أن يُضِرَّ به بنَقض بِنائِه، فإن ضَمِن له ذلك فله الأخذُ، وإلا لا.

ولنا: أنه بَنى أو غَرَس فيما لغَيره فيه حقٌّ مُتأكِّدٌ بغَير تَسليطِ من له الحقُّ، فله الأمرُ بنَقضه، كالغاصِب إذا بَنى في الدّار الْمَغصوبةِ، وكالرّاهِن إذا بَنى في الْمَرهون؛ وهذا لأن حقَّ الشَّفيعِ أَقوى من حقِّ الْمُشتَري؛ لتَقدُّمه عليه، ولهذا يُنقَضُ بيعُه، وهِبتُه، وتَسليمُه، وإجارتُه، وجعلُه مَسجِدًا أو مَقبرةً، وجُعِل ذلك كالتَّصرُّف في مِلك الشَّفيعِ في حقِّ النَّقضِ، فكذا تَصرُّفُه بِناءً وغرسًا؛ لأنه يُضِرُّ بالشَّفيع من حيث إنه يُلزِمُه زِيادةً في الثَّمَن ولم يَرضَ به.

بخِلاف الْمَوهوبِ له إذا بَنى في الْمَوهوبة أو الْمُشتَري شِراءً فاسِدًا إذا بَنى على قَول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لحُصوله بتَسليطٍ من جِهة من له الحقُّ، وهو الواهِبُ والبائعُ،

(١) في (أ): أن يرضى.

ولا تَسليطَ هنا، ولأن حقَّ الاستِردادِ للبائِع والواهِبِ ضَعيفٌ، حتى لا يَبقى بعدَ البِناءِ، وهذا الحقُّ قويٌّ، حتى يَبقى بعدَه، فلا تَجِبُ القِيمةُ، كما في الاستِحقاق.

فإن قِيل: في تكليف الْمُشتَري القلعَ يَلحَقُه ضرَرٌ لا جابِرَ له، ولو أوجَبنا قِيمةَ البِناءِ أو الغرسِ على الشَّفيع عندَ اختِيارِه الأخذَ.. يَلزَمُه ضرَرُ زِيادةِ الثَّمنِ، إلا أن له جابِرًا؛ لأنه يَدخُلُ في مُقابَلته في مِلكه عِوَضٌ، وهو البِناءُ، والضَّرَرُ ببدَلٍ أهوَنُ من الضَّرر بغير بدَلٍ، فيَجِبُ دفعُ أَعلى الضَّرَرَين بتَحمُّل الأَدنى.

قُلنا: التَّرجيحُ إنما يَكونُ بعدَ الْمُساواةِ في أَصل الحقِّ، ولا مُساواةَ هنا؛ لتَقدُّم حقِّ الشَّفيعِ، وربما لا يُوافِقُه لو أَخذه، فيَحتاجُ إلى قَلعه، فيَلزَمُه ضرَرٌ زائِدٌ.

وأما إذا زَرَع الْمُشتَري ثم جاء الشَّفيعُ: فله أن يَأخُذَها بالشُّفعة ويَقلَعَ الزَّرعَ قِياسًا؛ لِما بيَّنّا.

وفي الاستِحسان: لا يَأخُذُها بالشُّفعة حتى يُدرِكَ الزَّرعُ؛ لأن الزَّرعَ له نِهايةٌ معلومةٌ، ويَبقى بالأَجر[1]، فلو أثبَتنا له حقَّ القلعِ في الحال لأدّى إلى الإضرار بالْمُشتَري، ولو أخَّرنا إلى أن يُدرِكَ يَتأخَّرُ حقُّ الشَّفيعِ، وضرَرُ التَّأخيرِ دونَ ضرَرِ الإبطالِ، فكان تَحمُّلُه أحقَّ.

وإن فَعَلهما الشَّفيعُ، فاستُحِقَّت: رَجَع بالثَّمَن فقط، كمَأسورةٍ أُخِذت من غازٍ، وأولَد، فبَرْهَن آخَرُ أنها كانَت مُدبَّرَته قبلَ الأسرِ.

ولو أخَذها الشَّفيعُ بالشُّفعة، فبَنى فيها أو غَرَس، ثم استُحِقَّت: رَجَع بالثَّمَن؛ لأنه ظَهَر أنه أخَذه بغَير حقٍّ، ولا يَرجِعُ بِقيمة البِناءِ والغرسِ لا على البائِع إن أخَذها منه، ولا على الْمُشتري إن أخَذها منه.

وعن أبي يوسف: أنه يَرجِعُ، كالْمُشتَري إذا بَنى فاستُحِقَّت، فإنه يَرجِعُ بِقيمة البِناءِ

(١) قوله: (ويبقى بالأجر) مثبت من (أ) و(ج).

على البائع.

ووجهُ الْمَشهورِ: أن حقَّ الرُّجوعِ بقِيمة البِناءِ إنما يَثبُتُ لدَفع الغُرورِ، والبائعُ التزَم السَّلامةَ للمُشتَري عن الاستِحقاق، فصار الْمُشتَري مَغرورًا من جِهة البائِع، ولا غُرورَ في حقِّ الشَّفيعِ؛ لأنه تَملَّك على صاحِب اليدِ جبرًا بغَير اختيارٍ منه، فلا يَرجِعُ.

ولأن البائِعَ بإيجاب البيعِ سَلَّط الْمُشتَريَ على البِناء، والْمَأخوذُ منه بالشُّفعة لم يُسلِّط الشَّفيعَ على البِناء، بل هو مُجبَرٌ[1] على تَسليمها إليه، فلا يَرجِعُ بقِيمته عليه.

كجارِيةٍ أسَرها الكُفّارُ وأحرَزوها بدارهم، ثم أخَذها الْمُسلِمون، فوَقَعت في سَهم غازٍ، فأخَذها المالِكُ القَديمُ بالقِيمة واستَولَدها، فجاء مُستحِقٌّ وأَقام البَيِّنةَ أنها أمتُه دَبَّرها قبلَ الأسرِ: رُدَّت عليه؛ لأنها لا تُملَكُ بالإحراز، ويَضمَنُ العُقرَ وقِيمةَ الولَدِ للمُستحِقّ.

ويَرجِعُ الْمُستولِدُ على الغازِي بقِيمتها التي دَفَعها إليه؛ لأنه دَفَع القِيمةَ لتَسلَمَ له الأمةُ، ولم تَسلَم، ولا يَرجِعُ عليه بالعُقر وقِيمةِ الولَدِ؛ لأن الْمَأخوذَ منه مُجبَرٌ على الدَّفع إليه، فلا يَصيرُ غارًّا إيّاه.

ودارٍ قُسِمت، فبُنِيَت، فاستُحِقَّت، لا دارَين.

وكدارٍ قُسِمت بينَ اثنَين، فبَنى أحَدُهما، ثم استُحِقَّت حِصّتُه: لا يَرجِعُ على شَريكه بقِيمة البِناءِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما مُجبَرٌ على القِسمة، بخِلاف الدّارَين؛ فإنهما لو اقتَسَماهما وأخَذ كلُّ واحِدٍ منهما دارًا، وبَنى أحَدُهما، ثم استُحِقَّت؛ فإنه يَرجِعُ على شَريكه بنِصف قِيمةِ البِناءِ؛ لأنه بمَنزِلة البيعِ.

---

(١) في (هـ) و(ز): مخير.

وبكلِّ الثَّمَنِ إن انهَدَم أو احتَرَق البِناءُ، أو جفَّ الشَّجَرُ.

وإذا انهَدَمت الدّارُ، أو احتَرَق بِناؤُها، أو جَفَّ شجَرُ البُستانِ.. بغَير فِعلِ أحدٍ: فللشَّفيع أن يَأخُذَها بكلِّ الثَّمَنِ إن شاء، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في قولٍ: يَأخُذُ بالحِصّة.

وأصلُه: أن الثَّمَنَ بمُقابَلة الأصلِ دونَ الأوصافِ عندَنا، حتى إن فَواتَ الوصفِ في يَد البائِع لا يُسقِطُ شيئًا من الثَّمَن، وعندَه: يُسقِطُ.

ثم البِناءُ وصفٌ وتَبَعٌ، ولهذا دَخَل في بيَع الأرضِ من غَير ذِكرٍ؛ وهذا لأن قِوامَ البِناءِ بالأَرض كقِوام الوصفِ بالْمَوصوف، فإذا فات البِناءُ فقد فات ما هو تَبَعٌ ووصفٌ، فلا يُسقِطُ شيئًا من الثَّمَن، ولهذا كان له أن يَبيعَها مُرابَحةً بكلِّ الثَّمَنِ في هذه الصُّورة.

بخِلاف ما إذا غَرِق نِصفُ الأرضِ؛ فإن للشَّفيعَ أن يَأخُذَ الباقِيَ بحِصّته من الثَّمَن إن شاء؛ لأن الفائِتَ هنا أصلٌ وليس بوصفٍ، وإن شاء تَرَك؛ لأنه له أن لا يتملَّكَ الدّارَ بماله.

وبحِصّة العَرْصةِ إن نَقَض الْمُشتَري البِناءَ، والنِّقْضُ له.

وإن نَقَض الْمُشتَري البِناءَ: فللشَّفيع أن يَأخُذَ الأرضَ بحِصّتها من الثَّمَن، إذا قُسِم على قِيمة الأرضِ وقِيمةِ البِناءِ وقتَ العقدِ.. إن شاء، وإن شاء تَرَك؛ لأنه بالاستِهلاك صار مَقصودًا، فأخَذ قِسطًا من الثَّمَن، بخِلاف الأوَّلِ؛ لأن الهَلاكَ ثَمَّ بآفةٍ سَماويّةٍ.

وليس للشَّفيع أن يَأخُذَ النِّقضَ؛ لأنه مَنقولٌ، وإنما كان يَأخُذُه قبلَ النَّقضِ بعِلّة التَّبعيّةِ، وقد زالت التَّبعيّةُ.

وبثَمَرها إن ابتاع أرضًا ونخلًا وثَمَرًا، أو أثمَر في يَده، لا إن جَدَّه[1]، وسَقَط حظُّ

(١) في (ن) و(ف): جذه.

غيرِ الحادثِ.

ومن ابتَاع أرضًا ونخلًا وثمَرًا: فللشَّفيع أن يَأخُذَ الأرضَ والنَّخلَ والثَّمَرَ بكلِّ الثَّمَنِ إن شاء.

ومَعنى الْمَسألةِ: أن الثَّمرَ[1] ذُكِر في البَيع: لأن الثَّمَرَ لا يَدخُلُ في بَيع الأرضِ والنَّخلِ من غَير ذِكرٍ، وهذا استِحسانٌ.

والقِياسُ: أن لا يَأخُذَه؛ لأنه ليس بتبَعٍ للنَّخل ولا للأَرض، ولهذا لا يَدخُلُ في البيع من غَير ذِكرٍ، فصار كالْمَتاع في الدّار.

وجهُ الاستِحسانِ: أنه تَبَعٌ ما دام مُتَّصِلًا، فيُعطى له حُكمُ النَّخلِ، وللشَّفيع حقُّ أخذِ النَّخلِ، فكذا حقُّ أخذِ ما كان تبَعًا له.

وكذا إن ابتَاعها وليس في النَّخل ثمَرٌ، فأثمَر في يَد الْمُشتَري: فللشَّفيع أن يَأخُذَه؛ لأنه مَبيعٌ تَبَعًا لسِراية البيعِ إليه، كما عُرِف في وَلَد الْمَغرورِ.

فإن جَدَّه[2] الْمُشتَري، ثم جاء الشَّفيعُ: لا يَأخُذُ التَّمرَ[3] في الفَصلَين[4]؛ لبُطلان تَبَعيَّتِه للعَقار وقتَ الأخذِ بالانفِصال.

فإن جَدَّه[5] الْمُشتَري في الفَصل الأوَّلِ: سَقَط عن الشَّفيع حِصّتُه من الثَّمَن؛ لأنه دَخَل في البَيع قصدًا، فكان له قِسطٌ من الثَّمَن، فيَفوتُ قِسطُه بفَواته.

---

(١) في (هـ): الثمن.

(٢) في (أ) و(ز): جذه، وفي (هـ): أخذه.

(٣) في (أ): اليمر، وفي (هـ): الثمن، وفي (ز): (الثمرة) وتحتمل (الثمن).

(٤) في (د): الوصفين.

(٥) في (أ) و(هـ) و(ز): جذه.

وإن جَدَّه[1] في الفَصل الثّاني: يَأخُذُ الأرضَ والنَّخلَ بكلِّ الثَّمَنِ؛ لأنه لا يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمَنِ؛ لحُدوثه بعدَ القبضِ، والزِّيادةُ الحادِثةُ بعدَ القبضِ لا حِصّةَ لها من الثَّمَنِ؛ لأنه لم يَرِد عليها العقدُ ولا القبضُ الذي له شَبَهٌ[2] بالعَقد، ففَواتُها لا يُوجِبُ سُقوطَ شيءٍ من الثَّمَن، واللهُ أعلَمُ.

(١) في (أ) و(هـ): جلده.

(٢) في (هـ) و(ز): شبهة.

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

في عقارٍ، وإن لم يُقسَم(ف)، إن مُلِك بمالٍ[1].

وتَجِبُ الشُّفعةُ في العَقار وإن كان مما لا يُقسَمُ، كالحَمّام، والرَّحى، والبِئرِ، والنَّهرِ، والطَّرِيقِ.. إن مُلِك بعِوَضٍ هو مالٌ، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا شُفعةَ فيما لا يُقسَمُ.

وهو بِناءً على أن الشُّفعةَ عندَه تَجِبُ لدَفع ضَرَرِ مُؤنةِ الْمُقاسَمةِ، فما لا يُقسَمُ لا يَتحقَّقُ فيه هذا الْمَعنى؛ لأنه لا يَدفَعُ بالأَخذ مُؤنةَ الْمُقاسَمةِ عن نَفسه.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا شُفعةَ في الآبار؛ لأن النَّصَّ وَرَد بها في العَقار[2].

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الشُّفعةُ في كلِّ شيءٍ، عَقارٍ أو رَبْعٍ»[3]، وغيرُ ذلك

---

(١) في (س): بماله.

(٢) وهي النصوص المتقدمة في هذا الكتاب.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٧٧: روى إسحاق بن راهويه في «مسنده» (٨٤١ والترمذي ١٣٧١) أخبرنا الفضل بن موسى ثنا أبو حمزة السكري عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء». انتهى. وروى الطحاوي (في «معاني الآثار» ٦٠١٥) حدثنا محمد بن خزيمة بن راشد ثنا يوسف بن عدي ثنا ابن إدريس هو عبد الله الأودي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال: قضى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل شيء. انتهى. ومن جهة الطحاوي ذكره عبد الحق في «أحكامه» (٣/ ٢٩٣)، وزاد في إسناده: هو القراطيسي يعني يزيد بن عدي، قال ابن القطان: وهو وهم فيه، ليس في كتاب الطحاوي، ولكنه قلد فيه ابن حزم، وقد وجدنا لابن حزم في كتابه كثيرًا من ذلك، مثل تفسيره حماد بأنه ابن زيد، ويكون ابن سلمة،=

من العُمومات التي رَوَينا[١]، ولأن الشُّفعةَ إنما وَجَبت لدَفع ضَرَرِ التَّأذِّي باعتِبار اتِّصالِ مِلكِه بمِلكه، وهذا المَعنى موجودٌ فيما يُقسَمُ وفيما لا يُقسَمُ.

وشُرِط[٢] أن يَكونَ العِوَضُ مالًا ليُمكِنَ مُراعاةُ شرطِ الشَّرعِ فيه، وهو التَّملُّكُ بمِثل ما تَملَّك به المُشتَري صُورةً ومَعنًى، أو مَعنًى لا صُورةً، كما مَرّ.

لا في عَرْضٍ، وفُلْكٍ(ك).

ولا شُفعةَ في العُروض والسُّفُنِ، وقال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَثبُتُ في السُّفُن أيضًا؛ لأنها تُسكَنُ، كالعَقار.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا شُفعةَ إلا في رَبْعٍ أو حائِطٍ»[٣].

=والراوي عنه موسى بن إسماعيل، وتفسيره شيبان بأنه ابن فروخ، وإنما هو النحوي، وهو قبيح، فإن طبقتهما ليست واحدة، وتفسيره داود عن الشعبي بأنه الطائي، وإنما هو ابن أبي هند، ومثل هذا كثير قد بيناه، وضَمَّنّاه بابًا مفردًا فيما نظرنا به معه كتاب «المحلى»، والقراطيسي إنما هو يوسف بن يزيد، وهذا يوسف بن عدي أخو زكريا بن عدي، كوفي نزل مصر، يروي عن مالك بن أنس وغيره، وروى عنه الرازيان، قاله أبو حاتم، ووثقه هو وأبو زرعة، وأما يوسف بن يزيد أبو يزيد القراطيسي، وهو أيضًا ثقة جليل، مصري، ذكره ابن يونس في «تاريخ المصريين»، توفي سنة سبع وثمانين ومائتين، وقد رأى الشافعي، ومولده سنة سبع وثمانين ومائة. انتهى كلامه.

قلت: وروى ابن أبي شيبة (٢٢٧٥٥) عن ابن أبي مليكة قال: قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل شيء، الأرض والدار والجارية والخادم. قال: فقال عطاء: إنما الشفعة في الأرض والدار، قال فقال له ابن أبي مليكة: تسمعني لا أمَّ لك أقول: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثم تقول مثل هذا؟

(١) مما تقدم هنا.

(٢) في (ب) و(ج): وشرطه.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٧٨: رواه البزار في «مسنده»، حدثنا عمرو بن علي، ثنا أبو عاصم، ثنا ابن جريج، عن ابن الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا شفعة إلا في رَبْعٍ أو حائط،=

ولأن الشُّفعةَ إنما شُرِعت بخِلاف القِياسِ في العَقار لدَفع ضرَرِ سُوءِ الجِوارِ على الدَّوام، وما يُنقَلُ ويُحوَّلُ فالتَّأذِّي فيه[1] لا يَدومُ؛ لأن الْمِلكَ في الْمَنقول لا يَدومُ كما يَدومُ في العَقار؛ لأنه لا يُشترى عادةً للبَيع، بل لِمَصلَحة الْمَعاشِ، بخِلاف الْمَنقولِ، فلا يُلحَقُ به.

وبِناءٍ ونخلٍ بِيعا بلا عَرْصةٍ.

ولا شُفعةَ في بِناءٍ ونخلٍ بِيعَا بلا عَرْصةٍ؛ لأنه نَقليٌّ، وهذا بخِلاف العُلْوِ؛ حيث يُستحَقُّ بالشُّفعة، وتُستحَقُّ به الشُّفعةُ في السُّفل وإن لم يكن طَريقُ العُلْوِ في السُّفل؛ لأنه التَحَق بالعَقار بما له من حقِّ القَرارِ.

والْمُسلِمُ والذِّمِّيُّ، والذَّكَرُ والأُنثى، والصَّغيرُ والكَبيرُ، والحُرُّ والْمَملوكُ إذا كان مَأذونًا أو مُكاتبًا، والباغِي والعادِلُ.. في حقِّ الشُّفعةِ سَواءٌ؛ لأن النُّصوصَ لا تَفصِلُ، ولأنهم استَوَوا في عِلّة الاستِحقاقِ وفي دَفع ضرَرِ التَّأذِّي بسُوء الجِوارِ، فيَستَوون في الاستِحقاق.

= ولا ينبغي له أن يبيع حتى يستأمر صاحبه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك». انتهى. وقال: لا نعلم أحدًا يرويه بهذا اللفظ إلا جابر. انتهى.

وروى مسلم (١٦٠٨) مرفوعًا: «الشفعة في كل شرك، في أرض أو ربع أو حائط».

قال الخطابي في «معالم السنن» ٣/ ١٥٢: الرَّبْع والرَّبْعة: المنزل الذي يَرْبَع به الإنسان ويتوطنه، يقال: هذا ربع، وهذه ربعة بالهاء، كما قالوا: دار ودارة، وفي الحديث إثبات الشفعة في الشركة، وهو اتفاق من أهل العلم، وليس فيه عن المقسوم من جهة اللفظ، ولكن دلالته من طريق المفهوم أن لا شفعة في المقسوم، كقوله: «الولاء لمن أعتق»، دلالته أنه لا ولاء إلا للمعتق، وفيه دليل على أن الشفعة لا تجب إلا في الأرض والعقار، دون غيرهما من العروض والأمتعة والحيوان ونحوهما.

(١) في (أ): منه.

ودارٍ(ف) جُعِلت مهرًا، وإن قُوبِل(س م) ببَعضها مالٌ وأُجرةٌ(ف).

ولا شُفعةَ في دارٍ جُعِلت مهرًا -وإن قُوبِل ببَعضها مالٌ-، وأُجرةً، وبدَلَ خُلعٍ وصُلحٍ عن دَم عمدٍ وعَتقٍ.

والأصلُ: أن الشُّفعةَ عندَنا تَختصُّ بمُعاوَضة مالٍ بمالٍ مُطلَقًا؛ لأنها ثَبتت بخِلاف القِياسِ بالآثار في مُعاوَضة مالٍ بمالٍ، فيُقتصَرُ عليها.

فلا شُفعةَ في دارٍ يَتزوَّجُ الرَّجُلُ عليها؛ لأن البُضعَ ليس بمالٍ، فكان الْمَملوكُ صَداقًا بمَنزِلة الْمَوهوبِ.

ولو تَزوَّج امرَأةً على دارٍ على أن تَرُدَّ هي على الزَّوج ألفَ دِرهَمٍ: فلا شُفعةَ في شيءٍ منها عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: تُقسَمُ الدّارُ على مَهر مِثلِها وألفِ دِرهَمٍ، فما أَصاب الألفَ تَجِبُ فيها الشُّفعةُ؛ اعتِبارًا للبَعض بالكلّ.

وله: أن البيعَ تَبَعُ النِّكاحِ هنا؛ لأن العقدَ حَصَل بلَفظ النِّكاحِ، ولو كان أصلًا لكان هذا نِكاحًا في بيعٍ، فيَفسُدُ البيعُ، ولَمّا جاز ثَبت أنه تَبَعٌ، ولا شُفعةَ في الأَصل، فكذا في التَّبَع.

وهذا لأن الشُّفعةَ إنما شُرِعت في الْمُعاوَضة الماليّةِ الْمَقصودةِ، حتى إذا باع الْمُضارِبُ دارًا من مال الْمُضارَبةِ -وربُّ المالِ شَفيعُها- بدارٍ له، وفي المال رِبحٌ: فإنه لا يَأخُذُها بالشُّفعة في حِصّة الرِّبحِ؛ لأن الشُّفعةَ لم تَجِب فيما هو الأصلُ؛ لأن الْمُضارِبَ وَكيلٌ في البَيع، وكلُّ من بِيع له لا تَجِبُ له الشُّفعةُ فيه، فلا تَجِبُ في التَّبَع أيضًا، أو يَستأجِرُ بها دارًا أو غيرَها، أو يُخالِعُ الْمَرأةَ بها، أو يُصالِحُ بها عن دَم العمدِ، أو يُعتِقُ عليها عبدًا.

وعند الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَجِبُ فيها الشُّفعةُ؛ لأن هذه الأعواضَ[1] مُتقوَّمةٌ عندَه؛ لأن التَّقوُّمَ حُكمٌ شَرعيٌّ، والشَّرعُ جعَل هذه الأشياءَ مَضمونةً بهذه الأعواضِ[2]، وضَمانُ الشَّيءِ قِيمةُ ذلك الشَّيءِ؛ ألا تَرى أن الشَّرعَ جعَل المهرَ قِيمةَ البُضعِ، وكذا الْمَنافِعُ عِندي[3] مُتقوَّمةٌ كالأعيان، فإذا جعَل الدّارَ عِوَضًا عن البُضع ونحوِه، وقد تعذَّر على الشَّفيع الأخذُ به: فله أن يَأخُذَ بقِيمته، كما لو اشتَرى بعبدٍ، بخِلاف الهِبةِ؛ لأنه لا عِوَضَ فيها أصلًا.

وقولُه: إنما يَتأتّى فيما إذا جُعِل شِقصٌ من دارٍ مهرًا أو أُجرةً أو نحوَهما؛ لِما عُرِف.

ولنا: أن المالَ ليس بمِثلٍ للمُستحَقِّ بعَقد النِّكاحِ، لا صُورةً ولا مَعنًى، فلم يَصلُح قِيمةً له؛ لأن قِيمةَ الشَّيءِ ما يَقومُ مَقامَه؛ لاتِّحادهما في الْمَعنى الخاصِّ، وهذا الْمَعنى لا يَتحقَّقُ بينَ المالِ وبينَ الْمُستحَقِّ بعَقد النِّكاحِ.

غيرَ أن الشَّرعَ جعَل مِلكَ النِّكاحِ مَضمونًا بالْمَهر إبانةً لخَطَره، وإعظامًا لقَدْره، وصَونًا لهذا العقدِ عن التَّشبُّه[4] بالإباحة على ما قَرّرناه في النِّكاح، فظَهَر تَقوُّمُه في حقِّ هذا الْمَعنى خاصّةً على خِلاف القِياسِ؛ لِمَكان الضَّرورةِ، فلا يَظهَرُ مَعنى التَّقوُّمِ في حقِّ الشَّفيعِ.

ويَدَلِ(ف) خُلعٍ، وصُلحٍ(ف) عن دَم عمدٍ، وعَتقٍ(ف).

وكذا الْمَنافِعُ ليست بأموالٍ عندَنا، ولهذا لا تُضمَنُ بالغَصب والإتلافِ على ما مَرَّ

---

(١) في (هـ): الأغراض.

(٢) في (هـ): الأغراض.

(٣) أي الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ.

(٤) في (ج): الشبهة، وفي (هـ) و(ز): التشبيه.

في الغَصب، وإنما ظَهر تَقوُّمُها في العَقد: للضَّرورة، فلا يَظهَرُ في غَيره.

وكذا الدَّمُ والعَتقُ غيرُ مُتقوَّمٍ؛ لأن قِيمةَ الشَّيءِ ما يَقومُ مَقامَ غيرِه في[1] الْمَعنى الخاصِّ الْمَطلوبِ، وهو مَعدومٌ فيهما، وإنما وَجَبت الدِّيَةُ: صِيانةً للدَّم عن الهَدَر، والإعتاقُ إزالةُ الماليّةِ وإسقاطُها، فأنّى يَقومُ المالُ مَقامَه؟!

ولو تَزوَّجها بغَير مهرٍ، ثم فَرَض لها دارَه مهرًا: لم يكن فيها شُفعةٌ؛ لأنه تَعيينٌ لِمَهر الْمِثلِ، وهو مُقابَلٌ بالبُضع، بخِلاف ما لو باعها بمَهر مِثلِها أو بالْمُسمّى دارًا؛ لأن البيعَ مُبادَلةُ مالٍ بمالٍ، فالتَّنصيصُ على لَفظ البيعِ دَليلٌ على أنه مَلَّكها الدّارَ عِوَضًا عن مَهر الْمِثلِ أو الْمُسمّى، فكان هذا مُبادَلةَ مالٍ بمالٍ.

ولا شُفعةَ فيما إذا صالَح عن دارٍ بإنكارٍ أو سُكوتٍ؛ لأنه يُنكِرُ مُبادَلةَ المالِ بالمال، ويَزعُمُ أنه بَقِي على قَديم مِلكِه، وإنما بَذَل المالَ: افتِداءً ليَمينه، وقطعًا لشَغْبه.

وإن صالَح عنها بإقرارٍ، أو صالَح عليها بإقرارٍ أو سُكوتٍ أو إنكارٍ: وَجَبت الشُّفعةُ.

أما في الأوَّل: فلوُجود مُبادَلةِ المالِ بالمال؛ لأنه اعترَف بالْمِلك للمُدَّعي[2]، وإنما استَفاده بالصُّلح.

وأما في غَيره: فلأنه أخَذها عِوَضًا عن حقِّه في زَعمه إذا لم يكن من جِنسه، والمرءُ مُؤاخَذٌ بزَعمه، أما إذا كان من جِنسه: فإنه أخَذ عَينَ حقِّه، فلا يَكونُ مُعاوَضةً، وقد مَرَّ في الصُّلح.

وهِبةٍ بلا عِوَضٍ مَشروطٍ[ك].

---

(١) في (ز): ما يقوم مقامه في.

(٢) في (أ): للمالك.

ولا شُفعةَ في هِبةٍ؛ لأنها ليست بمُعاوَضة مالٍ بمالٍ، فصارت كالإرث، إلا أن تكونَ بعِوَضٍ مَشروطٍ؛ لأنه بيعٌ انتهاءً، ولكن يُشترَطُ التَّقابُض وعدَمُ الشُّيوعِ في الْمَوهوب وعِوَضِه؛ لأنه هِبةٌ ابتِداءً؛ لِما مَرَّ في الهِبة.

وإن لم يكن العِوَضُ مَشروطًا في العَقد فلا شُفعةَ فيها، خِلافًا لمالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أنه صار مُعاوَضةً، فأشبَه البيعَ.

ولنا: أن العِوَضَ إذا لم يكن مَشروطًا في العَقد لم يكن مُعاوَضةً، بل الهِبةُ تَبرُّعٌ، والعِوَضُ تبرُّعٌ، ولا شُفعةَ في التَّبرُّعات، وامتِناعُ الرُّجوعِ لِمَكان التَّعويضِ، لا لصَيرورتها بيعًا[1].

ومَبيعٍ[2] بخِيارٍ للبائِع ما بَقِي.

ومَن باع بشَرط الخِيارِ فلا شُفعةَ للشَّفيع؛ لأن خِيارَ البائِعِ يَمنَعُ خُروجَ الْمَبيعِ عن مِلكه، وبَقاءُ حقِّ البائِعِ يَمنَعُ ثُبوتَ حقِّ الشَّفيعِ، فبَقاءُ مِلكِه أَولى.

فإن أسقَط الخِيارَ وَجَبت الشُّفعةُ؛ لزَوال المانِعِ عن خُروج الْمَبيعِ عن مِلكه، فصار كأن البيعَ وَقَع لازِمًا من الأَصل.

وتَكلَّموا أنّ طلَبَ الشَّفيعِ يُشترَطُ عندَ البيعِ أم عندَ سُقوطِ الخِيارِ، والأصَحُّ: أنه يُشترَطُ عندَ سُقوطِ الخِيارِ؛ لأن البيعَ إنما صار سبَبًا لإفادة الحُكمِ حينَئذٍ، ولأن حقَّ الشُّفعةِ يُبتنى على انقِطاع حقِّ البائِعِ، وحقُّه إنما يَنقطِعُ عندَه.

وإن اشتَرى بشَرط الخِيارِ وَجَبت الشُّفعةُ.

أما عندَ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: فلأنه صار مالِكًا للدّار.

---

(١) في (ب) و(هـ): تبعًا.

(٢) في (ع): وببيع.

وأما عندَه: فلخُروج الدّارِ عن مِلك البائِع، وحقُّ الشُّفعةِ يَعتمِدُ انقِطاعَ حقِّ البائِعِ لا ثُبوتَ الْمِلكِ للمُشتَري، حتى إذا أقرَّ البائِعُ بالبَيع، وأنكَر الْمُشتَري: تَجِبُ الشُّفعةُ، فإن أخَذها الشَّفيعُ من البائِع في الثَّلاث فقد وَجَب البيعُ؛ لأن الْمُشتريَ عَجَز عن الرَّدّ، ولا خِيارَ للشَّفيع؛ لأن خِيارَ الشَّرطِ كاسمه لا يَثبُتُ إلا لمن شُرِط له، والشَّرطُ للمُشتَري دونَ الشَّفيعِ.

فإن بِيعت دارٌ إلى جَنبها والخِيارُ لأحَدهما: فلمن له الخِيارُ الأخذُ بالشُّفعة.

أما إذا كان الخِيارُ للبائِع: فلأن الْمِلكَ في الدّار عندَ هذا البيعِ للبائِع، فإذا أخَذها بالشُّفعة فهذا نقضٌ منه للبَيع، وكذا إذا كان الخِيارُ للمُشتَري فإن له الشُّفعةَ.

أما عندَهما: فظاهِرٌ، وكذا عندَه؛ لأنه صار أحقَّ بها مع خِيارِه، وذا يَكفي لثُبوت حقِّ الشُّفعةِ، كالْمَأذون إذا بِيعت دارٌ بجَنب دارِه.

فإن قِيل: لَمّا كان من أَصل أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ أنه لا يَملِكُ الْمَبيعَ في مُدّة الخِيارِ، واستِحقاقُ الشُّفعةِ باعتِبار الْمِلكِ، ولهذا لا يَستحِقُّه الْمُستأجِرُ والْمُستَعيرُ، فكيف تَثبُتُ للمُشتَري الشُّفعةُ في هذه؟!

قُلنا: الْمُشتَري صار أخصَّ بالتَّصرُّف فيها، فباعتِباره يَتحقَّقُ الضَّرَرُ الْمُحوِجُ إلى الدَّفع عن نَفسه، وصار كالْمُكاتَب.

وله جَوابٌ آخرُ قد مَرَّ في باب خِيارِ الشَّرطِ.

وإذا أخَذها بالشُّفعة كان هذا منه إجازةً للبَيع؛ لوُجود دَليلِ الرِّضا، بخِلاف ما إذا اشتَراها ولم يَرَها؛ حيث لا يَبطُلُ خِيارُه بأَخذ ما بِيع بجَنبها بالشُّفعة؛ لأن أخذَه إيّاها بالشُّفعة دَليلٌ على إسقاط خِيارِه، والتَّصريحُ بإسقاط خِيارِ الشَّرطِ صَحيحٌ من الْمُشتَري، وبإسقاط خِيارِ الرُّؤيةِ باطِلٌ قبلَ أن يَراها، فكذا الدَّليلُ، وهو الأخذُ بالشُّفعة.

ثم إذا حضَر شَفيعُ الدّارِ الأُولى له أن يَأخُذَها دونَ الثّانيةِ؛ لأنه إنما يَتملَّكُها الآنَ، فلا يَصيرُ بها جارًا للدّار الأُخرى من وَقت العقدِ.

وببَيعٍ فاسِدٍ، ما لم يَسقُط حقُّ الفسخِ ببِناءٍ، وقِسمةٍ، وردٍّ بخِيار رُؤيةٍ، وشرطٍ، وعَيبٍ بقَضاءٍ. وبرِضًا وإقالةٍ: تَجِبُ[ز].

ومن ابتَاع دارًا شِراءً فاسِدًا فلا شُفعةَ فيها.

أما قبلَ القبضِ: فلبَقاء مِلكِ البائعِ فيها.

وأما بعدَ القبضِ: فلاحتِمال الفسخِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ من الْمُتبايِعَين بسَبيلٍ من نَقضه، والنَّقضُ مُستحَقٌّ حقًّا لله تَعالى، وفي إِثبات الشُّفعةِ إسقاطُ حقِّ الفسخِ، وفيه تَقريرُ الفَسادِ، فلا يَجوزُ؛ لإفضائه إلى التَّناقُض.

بخِلاف ما إذا كان الخِيارُ للمُشتَري في البَيع الصَّحيحِ؛ لِما مَرَّ أنه صار أخصَّ به تَصرُّفًا، وهنا مُنِع عن التَّصرُّف.

فإن سَقَط حقُّ البائِعِ في الفَسخ، بأن باع الْمُشتَري من آخَرَ: وَجَبت الشُّفعةُ؛ لأن امتِناعَ حقِّ الشُّفعةِ إنما كان لثُبوت حقِّ الفسخِ، فإذا سَقَط حقُّ الفسخِ وَجَبت الشُّفعةُ، كما لو كان في البَيع خِيارُ البائعِ، فسَقَط الخِيارُ.

وللشَّفيع أن يَأخُذَ بالبَيع الثّاني بالثَّمَن الْمَذكورِ، أو يَنقُضَ البيعَ الثّانيَ ويَأخُذَه بالبَيع الأوَّلِ بقِيمته؛ لأنه اجتَمَع سَببان، فله أن يَأخُذَه بأيِّهما شاء، فإن أخَذ بالثّانِي أخَذ بالثَّمَن؛ لأن الشِّراءَ الثّانيَ صَحيحٌ، فقد تَملَّك الْمُشترَى بالثَّمَن، وإن أخَذ بالأوَّل أخَذ بالقِيمة؛ لأن الْمَبيعَ في البَيع الفاسِدِ مَضمونٌ بالقِيمة.

فإن قِيل: إذا نَقَض البيعَ الثّانيَ يَجِبُ أن يَعودَ حقُّ البائِعِ في الاستِرداد، وحينَئِذٍ لا[1]

(١) سقطت من (هـ).

يَثبُتُ للشَّفيعِ الشُّفعةُ.

قُلنا: انتِقاضُ البيعِ الثّانِي مع صِحّتِه لحقِّ الشَّفيعِ مُقتَضى التَّملُّكِ[1] بالشُّفعة، فلا يَجوزُ أن يَكونَ مُبطِلًا حقَّ الشَّفيعِ؛ لئلا يَعودَ على مَوضوعه بالنَّقض.

فإن بَنى فيها يَنقطِعُ حقُّ البائِعِ في الاستِرداد، وتَجِبُ على الْمُشتَري قِيمتُها، وتَجِبُ للشَّفيعِ الشُّفعةُ فيها عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: لا يَنقطِعُ حقُّه في الاستِرداد، فلا تَجِبُ فيها الشُّفعةُ، وقد مَرَّ في البُيوع.

وللشَّفيعِ أن يَأمُرَ الْمُشتريَ بهَدم البِناءِ؛ لأنه لو بَناه الْمُشتَري في البَيع الصَّحيحِ يَكونُ له حقُّ النَّقضِ، فإذا بَناه في البَيع الفاسِدِ لَأَن يَكونَ له حقُّ النَّقضِ أَولى.

ولا يَلزَمُ أن حقَّ البائِعِ إنما انقَطَع للبِناء، ومتى انهَدَم ظَهَر حقُّه، ومتى ظَهَر حقُّه تَبيَّن أنه لا شُفعةَ[2]؛ لأنه إنما يَظهَرُ حقُّه إذا لم يَتعلَّق به حقُّ الغيرِ، وقد تَعلَّق حقُّ الغيرِ به، وصار كالبَيع.

فإن اتَّخَذها الْمُشتَري مَسجِدًا فعلى هذا الاختِلافِ[3]، وقِيل: يَنقطِعُ حقُّه إجماعًا.

وإن بِيعت دارٌ بجَنبها وهي في يَد البائِعِ بعدُ فللبائِع أن يَأخُذَها بالشُّفعة؛ لأن الأُولى في مِلكه بعدُ، فيَكونُ جارًا بمِلكها للدّار الأُخرى، فإن سَلَّمها إلى الْمُشتَري فهو شَفيعُها؛ لأن الْمِلكَ له.

ثم إن سَلَّم البائِعُ قبلَ الحُكمِ بالشُّفعة له بَطَلَت شُفعتُه، كما لو باعها، بخِلاف ما لو سَلَّم بعدَ الحُكمِ؛ لأن بَقاءَ مِلكِه في الدّار التي يَشفَعُ بها بعدَ الحُكمِ بالشُّفعة ليس بشرطٍ،

---

(١) في (ب) و(د): التمليك.

(٢) في (ب): لا شفعة له.

(٣) في (هـ) و(ز): الخلاف.

فتبقى الْمَأخوذةُ بالشُّفعة على مِلكه.

فإن بِيعت دارًا بجَنبها والدّارُ في يَد الْمُشتَري، فطَلَب الشُّفعةَ، ثم استَردَّها البائِعُ من الْمُشتَري قبلَ الحُكمِ بالشُّفعة له: بَطَلت الشُّفعةُ؛ لأنه انقطَع مِلكُه عن الدّار التي يَشفَعُ بها قبلَ الحُكمِ بالشُّفعة له.

وإن استَردَّها بعدَ الحُكمِ بالشُّفعة له: بَقِيت الْمَشفوعةُ على مِلكه؛ لِما مَرّ.

ولا شُفعةَ في قِسمةٍ، أي إذا قَسَم الشُّركاءُ العَقارَ فلا شُفعةَ لجَارهم بالقِسمة؛ لأن القِسمةَ تَشتمِلُ على الإفراز والْمُبادَلةِ؛ ألا تَرى أن الْمُمتنِعَ عنها[1] يُجبرُ عليها، والشُّفعةُ إنما شُرِعت في الْمُبادَلة الْمُطلَقةِ، فلا تَتعدّاها.

ومن اشتَرى دارًا، فسَلَّم الشَّفيعُ الشُّفعةَ، ثم رَدَّها الْمُشتَري بخِيار رُؤيةٍ، أو شرطٍ، أو عَيبٍ بقَضاء قاضٍ: فلا شُفعةَ للشَّفيع؛ لأنه فسخٌ من كلِّ وجهٍ، فيَعودُ إلى قَديم مِلكِ البائِعِ، فلا تَتجدَّدُ للشَّفيع الشُّفعةُ؛ لأن الشُّفعةَ في إنشاء العقدِ.

ولا فرقَ في هذا بينَ القبضِ وعدَمِه.

وإن رَدَّها بعَيبٍ بغَير قَضاءٍ، أو تَقايَلا البيعَ: فللشَّفيع الشُّفعةُ، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، لأن العقدَ انفَسَخ بالرَّدِّ بالعَيب والإقالةِ؛ لأن الاعتِبارَ لقَصد الْمُتصرِّفِ، وهما قَصَدا الفسخَ.

ولنا: أن الرَّدَّ بالعَيب بغَير قَضاءٍ أو الإقالةَ: بمَنزِلة البيعِ الْمُبتدَأِ؛ لأنه تَمَّ بتَراضِيهما في محَلَّين[2] كلُّ واحِدٍ منهما مالٌ مُتقوِّمٌ، وليست الْمُعاوَضةُ إلا هذا، غيرَ أنهما قَصَدا الفسخَ، ولهما وِلايةٌ على أنفُسهما، فكان فسخًا في حقِّهما، ولا وِلايةَ لهما على غيرهما،

---

(١) في (هـ) زيادة: أي عن القسمة.

(٢) في (ب) و(د): مجلس.

فكان بيعًا جَديدًا في حقِّ الثّالثِ، والشَّفيعُ ثالِثُهما، فيَتجدَّدُ به حقُّ الشُّفعةِ.

ومُرادُه: الرَّدُّ بالعَيب بعدَ القبضِ؛ لأن قبلَ القبضِ فسخٌ من كلِّ وجهٍ، وإن كان بغَير قَضاءٍ؛ لعَدَم تَمامِ الْمِلكِ، ولهذا يَنفرِدُ الرّادُّ به من غَير أن يَحتاجَ إلى رِضا صاحِبه أو قَضاءِ قاضٍ.

وفي «الجامِع الصَّغيرِ»: ولا شُفعةَ في قِسمةٍ ولا خِيارِ رُؤيةٍ. -بجرِّ الخِيارِ-.

ومَعناه: لا شُفعةَ بسَبَب الرَّدِّ بخِيار الرُّؤيةِ، كما بَيَّنّا.

وقد رُوِي بنَصب (الخِيارِ) عطفًا على الشُّفعة، ومَعناه: أن لا يَثبُتَ خِيارُ الرُّؤيةِ في القِسمة، وهو غيرُ صَحيحٍ، بل الصَّحيحُ الْمَنصوصُ عليه في كِتاب القِسمةِ: أن يَثبُتَ خِيارُ الرُّؤيةِ والشَّرطِ في القِسمة؛ لأنهما يَثبُتان لخلَلٍ في الرِّضا فيما يَتعلَّقُ لُزومُه بالرِّضا، وقد وُجِد ذلك في القِسمة.

وصَحَّح شمسُ الأئِمّةِ السَّرخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ الرِّوايةَ بالنَّصب أيضًا، وقال: لا يَثبُتُ خِيارُ الرُّؤيةِ في القِسمة، سَواءٌ كانت القِسمةُ بقَضاءٍ أو بِرِضاءٍ، وبه قال بعضُ الْمَشايخِ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ، واللهُ أعلَمُ وأحكَمُ[1].

(١) مثبتة من (ج).

باب ما تبطل به الشفعة

وتَبطُلُ بتَركِ أحَدِ الطَّلَبين.

وتَبطُلُ الشُّفعةُ بتَركِ أحدِ الطَّلَبين، أي طلَبِ الْمُواثَبةِ وطلَبِ التَّقريرِ، حتى لو تَرَكَ الشَّفيعُ طلَبَ الْمُواثَبةِ حينَ عَلِم بالبَيع، وهو يَقدِرُ على ذلك، بأن لم يَأخُذ أحدٌ فمَه، أو لم يكن في الصَّلاة: بَطَلت شُفعتُه؛ لأنها تَبطُلُ بالإعراض، وذا إنما يَثبُتُ حالةَ الاختِيارِ، وهي بالاقتِدار.

وكذا لو طَلَب الْمُواثَبةَ، ولم يُشهِد على أحَد الْمُتبايِعين ولا عندَ العَقارِ؛ لِما مَرّ.

وصُلحٍ عنها بعِوَضٍ، وردِّه.

وإن صالَح مِن شُفعته على عِوَضٍ بَطَلت الشُّفعةُ، ورَدَّ العِوَضَ؛ لأنه أسقَط حقَّه مُختارًا، ورَضِي بجِواره[1]، ولكنه طَمِع في غَير مَطمَعٍ، وهو المالُ، فإنه لا يَستحِقُّ المالَ إلا بمُقابَلة مِلكٍ له، وحقُّ الشُّفعةِ ليس بمِلكٍ له؛ لأنه حقُّ التَّملُّكِ، ولا حقَّ في المحَلِّ قبلَ التَّملُّكِ، فلا يَصِحُّ الاعتِياضُ عنه؛ لأنه يَكونُ رِشوةً، ولأن حقَّ الشُّفعةِ ثَبَت بخِلاف القِياسِ لدَفع الضَّرَرِ، فلا يَظهَرُ ثُبوتُه في حقِّ الاعتِياضِ، ولا يَتعلَّقُ إسقاطُه بالجائِز من الشَّرط، فبالفاسِد -وهو شرطُ المالِ فيه- أولى.

بَيانُه: أنه لو قال الشَّفيعُ: (أسقَطتُ شُفعتي فيما اشتَريتُ على أن تُسقِطَ شُفعتَك

(١) في (ب) و(هـ): بجوازه.

فيما اشتَريتَ): فإنه تَسقُطُ شُفعته، وإن لم يُسقِط الْمُشتَري شُفعَته فيما اشتَرى الشَّفيعُ.

فعُلِم أن إسقاطَ الشُّفعةِ لا يَتعلَّقُ بالشَّرط الجائِز؛ إذ الْمَعنيُّ به أن يَكونَ مُلائِمًا للإسقاط، وإسقاطُ الشُّفعةِ بالعِوَض الماليِّ شرطٌ فاسِدٌ؛ لأنه غيرُ مُلائِمٍ؛ لأنه اعتِياضٌ عن مُجرَّد الحقِّ في المحَلّ، وهو حَرامٌ ورِشوةٌ، وإذا لم يَتعلَّق يَبطُلُ الشَّرطُ، ويَصِحُّ الإسقاطُ.

وكذا لو باع شُفعتَه من البائِع أو من الْمُشتَري بمالٍ؛ لأن البيعَ تَمليكُ مالٍ بمالٍ، وحقُّ الشُّفعةِ لا يَحتمِلُ التَّمليكَ، فصار كَلامُه عِبارةً عن الإسقاط مَجازًا، كبَيع الزَّوجِ زَوجتَه من نَفسها.

وهذا بخِلاف الاعتِياضِ عن مِلك النِّكاحِ بالطَّلاق، وعن القِصاص بالصُّلح، وعن إسقاط الرِّقِّ بالعَتق؛ لأن ذلك كلَّه مِلكٌ مُتقرِّرٌ[1] في المحَلّ[2].

أما مِلكُ النِّكاحِ ومِلكُ العبدِ: فظاهِرٌ، وكذا القِصاصُ؛ لأنه مِلكُ المحَلِّ في حقِّ القتلِ، ولهذا يَتمكَّنُ من استِيفائه بلا قَضاءٍ ورِضًا، فكان اعتِياضًا عن مِلكٍ في المحَلّ، فيَصِحُّ.

وهذا كما لو قال للمُخيَّرة: (اختَاريني بألفٍ)، أو قال العِنِّينُ لامرَأته: (اختاري ترْكَ الفسخِ بألفٍ)، فاختَارت: بَطَل خِيارُها، ولم يَثبُت العِوَضُ.

واختَلَفت الرِّوايةُ في الكَفالة بالنَّفس إذا أسقَطها بعِوَضٍ، ففي رِوايةٍ: الكَفالةُ باطِلةٌ، والعِوَضُ باطِلٌ، كما في الشُّفعة، وهو الأصَحُّ، وفي رِوايةٍ أُخرى: الكَفالةُ لا تَبطُلُ، ولا يَجِبُ المالُ.

---

(١) في (ب): مقرر.

(٢) في (ب): الملك.

وقِيل: هذه رِوايةٌ في الشُّفعة، حتى لا يَصِحُّ الاعتِياضُ، ولا تَبطُلُ الشُّفعةُ، وقِيل: هي في الكَفالة خاصّةً.

والفرقُ: أن الشُّفعةَ تَبطُلُ بالإعراض، بخِلاف الكَفالةِ.

ومَوتِ الشَّفيعِ(ف)، لا الْمُشتَري.

وإذا مات الشَّفيعُ بعدَ البيعِ قبلَ القَضاءِ بالشُّفعة: بَطَلت شُفعتُه، ولم يكن لوارِثه حقُّ الأخذِ بالشُّفعة.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُورَثُ عنه، وإن مات بعدَ قَضاءِ القاضِي قبلَ نقدِ الثَّمنِ وقبضِه: لا تَبطُلُ شُفعتُه.

له: أن هذا حقٌّ مُعتبَرٌ في الشَّرع، فيُورَثُ عنه، كالقِصاص وحقِّ الرَّدِّ بالعَيب.

ولنا: أنه مُجرَّدُ حقِّ التَّملُّكِ، وهو وِلايةُ التَّملُّكِ، وذا لا يَبقى بعدَ موتِ صاحِبِ الوِلايةِ، فكيف يُورَثُ عنه؟!

بخِلاف القِصاصِ؛ لأن من عليه القِصاصُ صار كالْمَملوك لمن له القِصاصُ، حتى صَحَّ الاعتِياضُ عنه، والعَينُ الْمَملوكُ[1] يَبقى بعدَ موتِ المالِكِ، فأما الدّارُ: فلم تَصِر مَملوكةً للشَّفيع، ولهذا لم يَصِحَّ الاعتِياضُ، ولا يَملِكُها إلا بتَمليك القاضِي أو أحدِ العاقِدَين.

والجَوابُ عن حقِّ الرَّدِّ بالعَيب مَرَّ في باب خِيارِ الشَّرطِ، فهما نَظيران.

وإن مات الْمُشتَري لم تَبطُل شُفعتُه؛ لأن الْمُستحَقَّ باقٍ، وبمَوت الْمُستحَقِّ عليه لم يَتغيَّر[2] سبَبُ الاستِحقاقِ، بخِلاف موتِ الشَّفيعِ؛ فإن السَّبَبَ الذي كان يَأخُذُ به

(١) في (ب): المملوكة.

(٢) في (هـ): وثبوت المستحق عليه لم يتعين.

الشُّفعةَ يَزولُ بمَوته، وهو مِلكُه، وقِيامُ السَّبَبِ إلى وقتِ الأخذِ شرطٌ، ولهذا لو باع مِلكَه قبلَ أن يَأخُذَ الْمَشفوعَ لم يكن له أن يَأخُذَ بالشُّفعة، فكذا إذا زال بمَوته الثّابتُ للوارِث جِوارٌ أو شِرْكةٌ حادِثةٌ بعدَ البيعِ، فلا تُستحَقُّ به الشُّفعةُ.

ولم تُبَع في دَين الْمُشتَري ووصِيّته؛ لأن حقَّ الشَّفيعِ مُقدَّمٌ على حقِّ الْمُشتَري، فيَكونُ مُقدَّمًا على من تَلقّاه من قِبَله، وهو الغَريمُ والْمُوصَى له.

فإن باعها القاضِي أو الوصِيُّ في دَين الميْتِ: فللشَّفيع أن يُبطِلَ البيعَ ويَأخُذَها بالشُّفعة، كما لو باعها الْمُشتَري في حَياته؛ وهذا لأن بيعَه تَضمَّن إبطالَ حقِّه، فلا يَكونُ بسَبيلٍ منه.

وكذا لو أَوصى الْمُشتَري فيها بوصِيّةٍ أخذها الشَّفيعُ، وبطَلت الوصِيّةُ، كما لو تَبرَّع بها في حَياته بالهِبة.

وبيعِ ما يَشفَعُ به قبلَ القَضاءِ.

وإذا باع الشَّفيعُ دارَه التي يَشفَعُ بها بعدَ شِراءِ الْمُشتَري قبلَ أن يُقضى له بالشُّفعة، وهو يَعلَمُ بالشِّراء أوْ لا: بَطَلت شُفعتُه؛ لأن الاستِحقاقَ بالجِوار والشِّرْكةِ، وقد زال قبلَ التَّملُّكِ.

بخِلاف ما لو باع الشَّفيعُ دارَه على أنه بالخِيار بعدَ شِراءِ الْمُشتَري؛ فإنه يَكونُ على شُفعته؛ لأن الْمِلكَ لم يَزُل، فبَقِي السَّبَبُ، وهو الاتِّصالُ بمِلكه.

ولو سَلَّم الشَّفيعُ الشُّفعةَ بعدَ البيعِ وهو لا يَعلَمُ بالشِّراء: فتَسليمُه جائزٌ، سَواءٌ كان الْمُشتَري حاضِرًا أو غائِبًا، لأنه إسقاطٌ، فلا يَتوقَّفُ على العِلم، كالطَّلاق والإبراءِ عن الدَّين، ولهذا لا يَرتدُّ بالرَّدّ، ولا يَتوقَّفُ على قَبول الْمُشتَري، ويَتِمُّ به.

إلا أن يَبيعَ بعضَه مُشاعًا، أو مَقسومًا بَقِي جوارُه[1].

فإن باع بعضَ دارِه شائِعًا فله الشُّفعةُ بما بَقِي؛ لأنه يَجوزُ أن يُستحَقَّ ابتِداءً بهذا القَدْرِ، فأَولى أن يَبقى.

وكذا لو باع بعضَه مَقسومًا، وذلك لا يَلي الْمَبيعةَ؛ لأن الجِوارَ قائِمٌ، وإن كان مما يَلي الدّارَ الْمَبيعةَ بطَلَت الشُّفعةُ؛ لزَوال الجِوارِ.

وتَهدُّمِ[م] عُلْوِه.

وإذا كان السُّفلُ لرَجُلٍ وعُلْوُه لآخرَ، فبِيعت دارٌ بجَنبها: فالشُّفعةُ لهما؛ لأنهما جاران.

فإن انهَدَمت الدّارُ قبلَ أخذِ الشُّفعةِ فالشُّفعةُ لصاحِب السُّفلِ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِقيام ما تُستحَقُّ به الشُّفعةُ، وهو الأرضُ.

ولا شُفعةَ لصاحِب العُلْوِ؛ لزَوال ما كان تُستحَقُّ به الشُّفعةُ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: الشُّفعةُ لهما؛ لأن حقَّه قائِمٌ أيضًا؛ فإنه يَبني العُلْوَ إذا بَنى صاحِبُ السُّفلِ سُفلَه، وله أن يَبنيَ السُّفلَ بنَفسه، ثم يَبنيَ عليه العُلْوَ، ويَمنَعَ صاحِبَ السُّفلِ عن الانتِفاع به حتى يُعطِيَه حقَّه.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا انهَدَم العُلْوُ، ثم باع صاحِبُ السُّفلِ سُفلَه، فلا شُفعةَ لصاحِب العُلْوِ عندَ أبي يوسف، خِلافًا لمحمدٍ، رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

ولا شُفعةَ لمن باع، أو بِيعَ له، أو أجاز، أو ضَمِن الدَّرَكَ.

ولا شُفعةَ للبائِع فيما باع، وَكيلًا كان أو أصيلًا؛ لأن أخذَه بالشُّفعة يَكونُ سعيًا في

(١) في (م) و(ن): جوازه.

نَقض ما تَمَّ به، وهو الْمِلكُ واليدُ للمُشتَري، وسعيُ الإنسانِ في نَقض ما تَمَّ به مَردودٌ.

ولأنه[1] لو ثَبَت له حقُّ الشُّفعةِ لامتنَع من تَسليمها إلى الْمُشتَري بعدَما التزَم ذلك بالعَقد؛ لكَون حقِّ الشَّفيعِ مُقدَّمًا.

وكذا لا شُفعةَ لمن بِيع له، وهو الْمُوكِّلُ؛ لأن تَمامَ البيعِ به؛ فإنه لولا تَوكيلُه لَمَا جاز بيعُه.

وكذا لو شَرط البائعُ الخِيارَ لثالِثٍ، وهو شَفيعٌ، فأَجاز البيعَ: فلا شُفعةَ له؛ لأن تَمامَ البيعِ بإِجازته، فكان كالبائِع.

وكذا من ضَمِن الدَّرَكَ عن البائِع، وهو شَفيعٌ، فلا شُفعةَ له؛ لأنه تَقريرٌ للبَيع، وكان كالبائِع.

بخِلاف من ابتَاع، أو ابتِيع له، أو أَجاز، أو كَذَّب[2] الْمُخبِرَ في قَدْر الثَّمَنِ وجِنسِه، والْمُشتَري.

ومن ابتَاع أو ابتِيع له، أو أَجاز: فله الشُّفعةُ؛ لأن الشُّفعةَ إنما تَبطُلُ بإِظهار الشَّفيعِ الرَّغبةَ عن الدّار، لا بإِظهار الرَّغبةِ فيها، والشِّراءُ إظهارُ الرَّغبةِ في الْمُشتَرَى، فلا يَكونُ إبطالًا للشُّفعة، فأما البيعُ: فإِظهارُ الرَّغبةِ عنه، فيَكونُ إبطالًا للشُّفعة.

وإذا بَلَغ الشَّفيعَ أنها بِيعت بأَلف دِرهَمٍ، فسَلَّم، ثم عَلِم أنها بِيعت بأقَلَّ، أو بحِنطةٍ أو شَعيرٍ قِيمتُها ألفٌ أو أكثَرُ: فتَسليمُه باطِلٌ، وله الشُّفعةُ.

والأصلُ فيه: أن الغرَضَ في الشُّفعة يَختلِفُ باختِلاف قَدْرِ الثَّمَنِ وجِنسِه والْمُشتَرَى،

---

(١) في (ز): لانه.

(٢) في (ن) و(ف): أجاز واكذب.

فإذا سَلَّم على بَعض الوُجوهِ، ثم تَبيَّن خِلافُه: بَقِيت الشُّفعةُ بحالها؛ لأن التَّسليمَ لم يُوجَد على الوَجه الذي استَحقَّه.

بَيانُه: إذا أُخبِر أن الدّارَ بِيعت بألف دِرهَمٍ، فسَلَّم الشُّفعةَ، ثم عَلِم أنها بِيعت بأكثَرَ: فالتَّسليمُ صَحيحٌ؛ لأنه إنما سَلَّم لاستِكثار[1] الثَّمَنِ، فإذا كان أكثَرَ من ذلك كان أَرضى بالتَّسليم.

وإن عَلِم أنها بِيعت بأقَلَّ، أو بحِنطةٍ أو شَعيرٍ قِيمتُها ألفٌ أو أكثَرُ: فهو على شُفعته؛ لأن تَسليمَه عندَ كَثرةِ الثَّمَنِ لا يَدُلُّ على تَسليمه عندَ القِلّةِ.

وكذا تَسليمُه في أحَد الجِنسَين لا يَكونُ تَسليمًا في الآخَر، فربما يَسهُلُ عليه أداءُ أحَدِهما، ويَتعذَّرُ عليه الآخرُ، وكذا كلُّ مَكيلٍ أو مَوزونٍ أو عدَديٍّ مُتقارِبٍ.

بخِلاف ما إذا عَلِم أنها بِيعت بعَرْضٍ قِيمتُه ألفٌ أو أكثَرُ؛ فإنه تَسليمٌ؛ لأنه إنما يَأخُذُ بقِيمة ذلك الشَّيءِ دَراهِمَ أو دَنانيرَ.

ولو عَلِم أنها بِيعت بدَنانيرَ قِيمتُها ألفٌ أو أكثَرُ: صَحَّ التَّسليمُ، وبَطَلت الشُّفعةُ، وإن كان أقَلَّ فهو على شُفعته.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: له الشُّفعةُ في الوَجهَين؛ لأن الدَّراهِمَ والدَّنانيرَ جِنسان مُختلِفان؛ بدَليل حِلِّ التَّفاضُلِ.

ولنا: أنهما كالجِنس الْمُتَّحِدِ في حقِّ الثَّمَنيّةِ، وكَلامُنا في الثَّمَن، ولهذا تُضَمُّ في الزَّكاة، وقد مَرَّ في باب البيعِ الفاسِدِ.

ولو أُخبِر أن الْمُشتريَ زيدٌ، فسَلَّم الشُّفعةَ، ثم عَلِم أنه عمرٌو: فهو على شُفعته؛ لتَفاوُت النّاسِ في الجِوار، فالرِّضا بجِوار هذا لا يَكونُ رِضًا بجِوار ذا.

---

(١) في (أ): لاستكثاره.

ولو تبيَّن أن الْمُشتريَ زيدٌ وعمرٌو: فله أن يَأخُذَ نَصيبَ عمرٍو؛ لأن التَّسليمَ لم يُوجَد في حقِّه.

ولو بَلَغه شِراءُ نِصفِ الدّارِ، فسَلَّم، ثم تَبيَّن أنه اشتَرى الجَميعَ: فله الشُّفعةُ.

ولو أُخبِر بشِراء الكلِّ، فسَلَّم، ثم ظَهَر شِراءُ النِّصفِ: فلا شُفعةَ له، وهذا هو الْمَشهورُ من الرِّواية.

والفرقُ: أنه إذا سَلَّم في النِّصف فقد تَحامى عن ضَرَر الشِّرْكةِ، فإذا تَبيَّن أنه لا شِرْكةَ بَقِي حقُّه، فأما إذا سَلَّم في الكلّ: فقد صار مُسلِّمًا في أَبعاضه، وتَسليمُه بدُون العَيبِ تَسليمٌ مع العَيبِ بالطَّريق الأَولى.

ورُوِي على ضِدِ هذا: أنه[1] إذا سَلَّم الكلَّ لا يَكونُ تَسليمًا للنِّصف؛ لجَواز أن يَكونَ تَسليمُ الكلِّ لعَدَم قُدرتِه على الثَّمَن، وقد يَتمكَّنُ من البَعض، فأما إذا سَلَّم في البَعض: فقد عَجَز عن أَداء ثَمَنِ البعضِ[2]، فيَكونُ عاجِزًا عن الكلِّ بالطَّريق الأَولى.

ولمن باع إلا ذِراعًا في جانِبٍ يَلِي الشَّفيعَ.

وإذا باع دارًا إلا مِقدارَ ذِراعٍ في طُول الحدِّ الذي يَلي الشَّفيعَ: فلا شُفعةَ له؛ لعَدَم الجِوارِ، وهذه حِيلةٌ.

وكذا لو وَهَب له قَدْرَ ذِراعٍ من الجانِب الذي هو مُتَّصِلٌ بمِلك الجارِ، ثم يَبيعُ ما بَقِي منه، فلا تَجِبُ للجار الشُّفعةُ؛ لأن مِلكَه لا يُلازِقُ الْمَبيعَ.

ولو باع سهمًا بثَمَنٍ[3]، ثم ما بَقِي: أَخَذ الجارُ الأَوَّلُ بثَمَنه فقط.

---

(١) في (أ): لأنه.

(٢) في و(ب) و(د): بعض الثمن.

(٣) في (م) زيادة: (وأخذ ثوبًا عوضًا عنه). وسيأتي شرح هذه الصورة على حدة.

وإن باع منها سهمًا بثمَنٍ، ثم باع بَقِيّتَها: فالشُّفعةُ للجار في السَّهم الأوَّلِ لا في الباقِي؛ لأن الشَّفيعَ فيهما[1] جارٌ، والمُشتريَ في الثّانِي[2] شَريكٌ، والشَّريكُ مُقدَّمٌ على الجار.

فإن أراد الحِيلةَ ابتَاع السَّهمَ بالثَّمَن إلا دِرهَمًا، والباقِيَ بالباقِي، فلا يَرغَبُ الجارُ في الأوَّل؛ لكَثرة الثَّمَنِ، ولا حقَّ له فيما بَقِي؛ لأنه صار شَريكًا، وهو مُقدَّمٌ على الجار.

وإن ابتَاعها بثمَنٍ، ثم دَفَع إليه ثَوبًا عِوَضًا عنه: فالشُّفعةُ بالثَّمَن دونَ الثَّوبِ؛ لأنه عقدٌ آخرُ، والثَّمَنُ هو العِوَضُ عن الدّار.

وهذه حِيلةٌ أُخرى تَعُمُّ الشِّرْكةَ والجِوارَ، فيَشتَري الْمَنزِلَ الذي قِيمتُه مِائةٌ بألفٍ، ويُعطي عن الألَف ثَوبًا قِيمتُه مِائةٌ، غيرَ أنه إذا استُحِقَّ الْمَنزِلُ يَرجِعُ الْمُشتَري على البائِع بالألَف؛ لبَقاء العقدِ الثّانِي على الصِّحّة، فيَتضرَّرُ البائِعُ.

والأَولى أن يُباعَ بالدَّراهِم الثَّمَنِ دِينارٌ، حتى إذا استُحِقَّ الْمَنزِلُ يَبطُلُ الصَّرفُ، فيَجِبُ ردُّ الدِّينارِ لا غيرُ؛ لأنه ظَهَر أن الألفَ لم يكن عليه، فصار كمن اشتَرى من آخرَ دِينارًا بعشَرةٍ، ثم تَصادَقا أن لا دَينَ عليه، فإنه يَرُدُّ الدِّينارَ، كذا هنا.

ثم الحِيلةُ لإبطال الشُّفعةِ لا شكَّ أنه مَكروهٌ، وذلك أن يَقولَ الْمُشتَري للشَّفيع: (أنا أبيعُها منك بما أخذتَ، فلا فائِدةَ لك في الأَخذ بالشُّفعة)، فقال الشَّفيعُ: (نعم): تَسقُطُ الشُّفعةُ.

ولا تُكرَهُ(م) الحِيلةُ للشُّفعة[3] والزَّكاةِ(م).

(١) في (هـ): فيها.

(٢) في (د): الباقي.

(٣) في (م): لإسقاط الشفعة.

وأما الحِيلةُ لئلا تَجِبَ الشُّفعةُ.. فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تُكرَهُ؛ لأنه يَحتالُ[1] لدَفع الضَّرَرِ عن نَفسه؛ لأن[2] في تَملُّك[3] الدّارِ عليه بغَير رِضاه ضرَرًا عليه، والحِيلةُ لدَفع الضَّرَرِ عن نَفسه مَشروعٌ، وإن كان الغيرُ يَتضرَّرُ في ضِمنه[4].

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُكرَهُ؛ لأن الشُّفعةَ إنما وَجَبت لدَفع الضَّرَرِ، وفي إباحة الحِيلةِ إبقاءُ الضَّرَرِ، فيُكرَهُ.

وعلى هذا الخِلافِ: الحِيلةُ لإسقاط الزَّكاةِ، وذلك بأن يَستبدِلَ نِصابَ السّائمةِ بغَيرها في آخِر الحولِ؛ فِرارًا من وُجوب الزَّكاةِ[5]، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في (أ): يحتاج.

(٢) في (ب) و(ز): لا.

(٣) في (د): تمليك.

(٤) في (هـ): يتضرر به في قيمته.

(٥) والمعتمد المفتى به عدم الجواز، كما تقدم في الزكاة.

باب المتفرقات

وأخذ حظَّ البعضِ بتعدُّد الْمُشتَري، لا البائِع(ف و)، وحظَّ الْمُشتَري بقِسمته.

خَمسةٌ اشتَرَوا دارًا من رَجُلٍ: فللشَّفيع أن يَأخُذَ نَصيبَ أحَدِهم؛ لأنه ليس في هذا الأخذِ ضررُ التَّفريقِ؛ لأن الشَّفيعَ يَقومُ مَقامَ أحَدِهم.

وإن اشتَراها رَجُلٌ من خَمسةٍ: أخَذ الشَّفيعُ كلَّها أو تَركها، وليس له أن يَأخُذَ البعضَ دونَ البعضِ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له أن يَأخُذَ حِصّةَ أحَدِهم، كما في الفَصل الأوَّلِ.

ولنا: أن فيه إضرارًا بالْمُشتَري بتَفريق الصَّفْقةِ عليه، وثَمَّ الصَّفْقةُ مُتفرِّقةٌ.

والصَّحيحُ: أن لا فرقَ بينَهما قبلَ القبضِ وبعدَه.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: أنه فَصَّل فقال: إن أخَذَ قبلَ القبضِ نَصيبَ أحَدِهم ليس له ذلك، وبعدَ القبضِ له ذلك؛ لأنه متى أخَذ نَصيبَ أحَدِهم من يَد البائِعِ يَتضرَّرُ البائِعُ بتَفريق اليدِ، بخِلاف ما بعدَ القبضِ؛ لأنه لم تَبقَ يدُ البائِعِ.

ولكنّا نَقولُ: قبلَ القبضِ لا يُمكِنُه أخذُ نَصيبِ أحَدِهم إذا نَقَد ما عليه ما لم يَنقُد الآخَرُ حِصّتَه؛ كيلا يُؤدِّيَ إلى تَفريق اليدِ على البائِع، كأحَد الْمُشترِيَين.

ومَسألةُ الكِتابِ فيما إذا كان الثَّمَنُ مَنقودًا، أو مَعنى قولِه: (يَأخُذُ نَصيبَ أحَدِهم): يَتملَّكُه(١) بالشُّفعة.

---

(١) في (د) و(هـ): اي يتملكه.

وسَواءٌ سَمّى لكلِّ بعضٍ ثَمنًا أو كان الثَّمنُ جُملةً؛ لأن الاعتِبارَ لاتِّحاد الصَّفقةِ لا للثَّمَن.

ومن اشتَرى نِصفَ دارٍ، فقاسَم البائِعَ: فللشَّفيع أن يَأخُذَ النِّصفَ الذي صار للمُشتَري أو يَدَعَ، وليس له أن يَفسَخَ القِسمةَ؛ لأن القِسمةَ من تَتِمّة القبضِ؛ لأن القبضَ للانتِفاع، ولا يَتِمُّ الانتِفاعُ في الشّائِع إلا بالقِسمة، ولهذا لا يَتِمُّ القبضُ في الشّائِع في الهِبة إلا بالقِسمة.

وليس للشَّفيع أن يَنقُضَ القبضَ ليُعيدَ العُهدةَ على البائِع، وإن كان له فيه فائِدةٌ، فكذا ليس له أن يَنقُضَ القِسمةَ الْمُكمِّلةَ للقَبض، بخِلاف ما إذا باع أحدُ الشَّريكَين نَصيبَه من دارٍ مُشتركةٍ، وقاسَم الْمُشتريَ مع من لم يَبِع؛ حيث يَكونُ للشَّفيع نقضُ القِسمةِ؛ لأن القِسمةَ مع غيرِ العاقِدِ ليس من تَمام القبضِ الْمُستحَقِّ بالعَقد، بل هو تَصرُّفٌ باشَره بحُكم الْمِلكِ، فكان للشَّفيع نقضُه، كما يُنقَضُ بيعُه وهِبتُه.

وإطلاقُ الجَوابِ يَدُلُّ على أن الشَّفيعَ يَأخُذُ النِّصفَ الذي صار للمُشتَري في أيِّ جانِبٍ كان، وهو الْمَرويُّ عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الْمُشتريَ لا يَملِكُ إبطالَ حقِّه بالقِسمة.

ورُوِي عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إنما يَأخُذُه إذا وَقَع في جانِب الدّارِ التي يَشفَعُ بها، أما إذا وَقَع في الجانِب الآخرِ: فلا؛ لأنه لم يَبقَ جارًا فيما وَقَع في الجانِب الآخرِ.

ودارَ سَيِّدِه لو مَديونًا، كعَكسه.

ومن باع دارًا وله عبدٌ مَأذونٌ مَديونٌ، وهو شَفيعُها: فله الشُّفعةُ، وكذا إن كان البائِعُ هو العبدَ، فلمَولاه الشُّفعةُ؛ لأن الأخذَ بالشُّفعة بمَنزِلة الشِّراءِ[1]، وشِراءُ أحَدِهما

(١) في (هـ): الشركة.

من صاحِبِه يَجوزُ إذا كان على العَبد دَينٌ؛ لأنه يُفيدُ مِلكَ اليدِ، فكذا الأخذُ بالشُّفعة، بخِلاف ما إذا لم يكن عليه دَينٌ، والعبدُ بائعٌ؛ لأن يَبيعَه لِمَولاه، ولا شُفعةَ لمن بِيع له.

ولو اشتَراه فلمَولاه الشُّفعةُ؛ لأنه ابتيع له.

ودارَ ابنِه إن ابتَاع وهو شَفيعٌ.

وإذا اشتَرى الأبُ لابنه الصَّغيرِ دارًا، والأبُ شَفيعُها: فللأَب أن يَأخُذَها بالشُّفعة لنَفسه عندَنا، وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليس له أن يَأخُذَها ما لم يُدرِك الصَّغيرُ.

وهو بِناءً على أن شِراءَ الأبِ مالَ ابنِه لنَفسه لا يَجوزُ عندَه، وعندَنا: يَجوزُ، وقد مَرّ.

وصحَّ التَّسليمُ من(م ز) الأَب، والوَصِيِّ(م ز)، والوَكيل(م ز).

وصَحَّ تَسليمُ الأبِ والوصِيِّ الشُّفعةَ على الصَّغير[1] عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، وقال محمدٌ وزفرُ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: لا يَجوزُ، وهو على شُفعته إذا بَلَغ.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا بَلَغهما شِراءُ دارٍ بجِوار الصَّبيِّ، فلم يَطلُبا مع إمكانِ الطَّلَبِ: بَطَلت شُفعةُ الصَّغيرِ، حتى لو بَلَغ لم يكن له الأخذُ بالشُّفعة عندَهما[2]، وعندَهما: لا تَبطُلُ، حتى لو بَلَغ الصَّغيرُ[3] له الأخذُ بالشُّفعة.

والوَكيلُ بطَلَب الشُّفعةِ إذا سَلَّم الشُّفعةَ، أو أقَرَّ على الْمُوكِّل أنه سَلَّمها.. فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصِحّان في مَجلِس القاضِي، ولا يَصِحّان في غَيره.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ أوَّلًا: لا يَصِحّان كيف كانا، ثم رَجَع وقال: يَصِحّان أين كانا.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ تَسليمُه بحالٍ، ويَصِحُّ إقرارُه في مَجلِس القاضِي،

---

(١) في (ج): وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز.

(٢) في (هـ): عنده.

(٣) في (هـ): الصبي.

ولا يَصِحُّ في غَيره.

وجهُ قولِ محمدٍ وزفرَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أن هذا إبطالٌ لحقِّ الصَّبيِّ، فلا يَصِحُّ، كإعتاق عبدِه وإبراءِ غَريمِه، وإبطالِ دِيَتِه وقَوَدِه؛ وهذا لأن تَصرُّفَهما مُقيَّدٌ بالنَّظَر، وليس في إِسقاط حقِّ الصَّبيِّ مَعنى النَّظَرِ له، بل فيه إضرارٌ به.

ولهما: أن هذا تركٌ للتِّجارة، فصَحَّ ممن يَملِكُ التِّجارةِ، كما لو قال رَجُلٌ: (بِعتُ هذا العبدَ لفُلانٍ الصَّبيِّ بكذا)، فرَدَّه الأبُ أو الوصِيُّ: صَحّ.

ولأن هذا تَصرُّفٌ دائِرٌ بينَ النَّفعِ والضَّرَرِ، وربما يَكونُ النَّظَرُ في تَركه إبقاءً للثَّمَن على مِلكه، وسُكوتُ من يَملِكُ التَّسليمَ عن الطَّلَب بمَنزِلة التَّسليمِ، فكان سُكوتُهما كإِبطالهما عندَهما؛ لأنه دَليلُ الإعراضِ.

وهذا إذا بِيعت بمِثل قِيمتِها، فإن بِيعت بأكثَرَ من قِيمتها بما لا يَتغابَنُ النّاسُ فيه قِيل: صَحَّ التَّسليمُ بالإجماع؛ لتَمحُّضه نظَرًا للصَّبيّ، وقِيل: لا يَصِحُّ التَّسليمُ بالاتِّفاق؛ لأنه لا يَملِكُ الأخذَ، فلا يَملِكُ التَّسليمَ، كالأجنَبيّ، وهو الأصَحُّ.

وإن بِيعت بأقَلَّ من قِيمتها مُحاباةً كَثيرةً.. فعن أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ: أنه لا يَصِحُّ التَّسليمُ منهما[1]، ولا رِوايةَ عن أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ، كذا في «الهِداية».

وذَكَر في «الحَصر» و«المُختلِفِ»: إذا سَلَّم الأبُ شُفعةَ الصَّغيرِ، والشِّراءُ بأقَلَّ من قِيمته بكَثيرٍ.. فعن أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ: أنه يَجوزُ أيضًا؛ لأنه امتِناعٌ عن إدخاله في مِلكه لا إزالةٌ عن مِلكه، فلم يكن تَبرُّعًا، وعن محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: أنه لا يَجوزُ؛ لأنه بمَنزِلة التَّبرُّعِ بماله، ولا رِوايةَ عن أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ.

---

(١) في (ب) و(هـ): فيهما.

وللبائِع، والْمُشتَري، والوَكيلِ، والأجنَبيِّ.. إن طَلَب التَّسليمَ، لا إن ابتَدَأ.

وصَحَّ التَّسليمُ للبائِع، والْمُشتَري، والوَكيلِ، والأجنَبيِّ.. إن طَلَب من الشَّفيع أن يُسلِّمَ شُفعةَ هذه الدّارِ، بخِلاف ما إذا ابتَدأ؛ لأن الأصلَ أن إبطالَ الحقِّ متى أُضِيف إلى من هو بسَبيلٍ منه بوجهٍ صَحَّ الإبطالُ، وإلا فهو باطِلٌ.

وسَقَطت إن صالَح أجنَبيٌّ، إلا أن يَقَعَ على أنها له.

وسَقَطت الشُّفعةُ إن صالَح أجنَبيٌّ على دَراهِمَ.

بخِلاف ما لو صالَح على أنها للأجنَبيّ؛ لأنه مَلَكها منه لتَقومَ مَقامَه، فيَكونُ تقريرًا لا إبطالًا.

وإن قال: (سَلَّمتُ لك إن ابتَعتَ لنَفسك)، أو (بِعتَ منه): فكما قال.

ولو قال للمُشتَري: (سَلَّمتُها لك إن ابتَعتها لنَفسك)، أو قال للبائِع: (سَلَّمتُ الشُّفعةَ لك إن كُنتَ بِعتَها من فُلانٍ لنَفسه): فهو كما قال، أي لا يَكونُ تَسليمًا إلا بوُجود الشَّرطِ؛ لأنه إسقاطٌ، فيَقبَلُ التَّعليقَ.

وإجازةُ بيعِ الفُضوليِّ كتَسليم الشُّفعةِ.

وإجازةُ بيعِ الفُضوليِّ كتَسليم الشُّفعةِ، حتى لو باع فُضوليٌّ عبدَ رَجُلٍ، وقَبِل فُضوليٌّ آخرُ عن[1] الْمُشتَري، فقال الْمَولى للبائِع: (سَلَّمتُ لك بيعَك)، أو للمُشتَري: (سَلَّمتُ لك شِراءَك): كان إجازةً؛ لأن تَسليمَ البيعِ والشِّراءِ بالأمر[2] عن النَّقض، وذا بالإجازة.

---

(١) في (أ): عند.

(٢) في (ب) و(د) و(ز): بالأمن.

ولو قال لأجنبيٍّ: (سَلَّمتُ لك شِراءَ هذا العبدِ) كان باطِلًا، إلا إذا قال الأجنَبيُّ: (سَلِّم لفُلانٍ هذا البيعَ) أو (هذا الشِّراءَ)، فيَصِحُّ استِحسانًا.

قال الشَّفيعُ: (اشتَريتُ من زَيدٍ)، وصَدَّقه، وقال ذُو اليدِ: (وَرِثتُها)، فبَرْهَن الشَّفيعُ أنها كانَت لأَبِ البائِعِ تَركها إرثًا: تُقبَلُ، فسَلَّمها إلى الشَّفيع، وأَخَذ الثَّمَنَ، أو إلى البائِع ليَأخُذَ منه.

دارٌ في يَد رَجُلٍ، فقال الشَّفيعُ: (اشتَريتُها من زيدٍ)، وصَدَّق الشَّفيعَ زيدٌ[1]، وقال ذو اليدِ: (هي داري، وَرِثتُها من أبي)، فبَرْهَن الشَّفيعُ أنها كانت لأبي البائِعِ، وتَركها مِيراثًا له، ولم يُبرهِن على البَيع: يُقبَلُ؛ لأنه لا يَتوصَّلُ إلى حقِّه إلا بإِثبات مِلكِ الغيرِ.

وإذا ثَبَت مِلكُ البائِعِ وهو مُقِرٌّ بالبَيع: فكان القولُ له[2]، وصار كما لو أقَرَّ البائِعُ ببَيع الدّار وأنكَر الْمُشتَري، وثَمَّ يُقضى له بالشُّفعة، كذا هنا، إلا أنهما لا يُصدَّقان على ذي اليدِ في الإلزام، فيُخيَّرُ بينَ أن يُسلِّمَ إلى الشَّفيع ويَأخُذَ الثَّمَنَ منه، وبينَ أن يَرُدَّ على البائِع حتى يَأخُذَ منه ويَستَرِدَّ الثَّمَنَ وإن أنكر؛ للتَّكذيب الشَّرعيِّ.

ولو ادَّعى الهِبةَ منه: فالقولُ للبائِع، وخُيِّر كما مرّ.

ولو ادَّعى ذو اليدِ الهِبةَ فالقولُ للبائِع، وخُيِّر، كما مَرّ.

حَضَر أحَدُ الشَّفيعَين: أخذ الكلَّ، فإن قُضِي له، فرُدَّ بعَيبٍ، فحَضَر الغائِبُ: أخذ حظَّه فقط، وإن رَدَّ بعدَ القبضِ بلا حُكمٍ: أخَذ حظَّه بالأوَّل، أو الكلَّ بالنَّقض[3].

---

(١) في (ب): زيدًا، وتحتمل: زيد أو.

(٢) في (أ): قوله.

(٣) في (ن) و(ف): بالقبض.

حَضَر[1] أحدُ الشَّفيعَين: أخَذ الكلَّ؛ لعَدَم المُزاحِم، فإن قُضِي له، فرَدَّ بعَيبٍ قبلَ القبضِ بقَضاءٍ أو بغَيره، فحَضَر الغائِبُ: أخَذ حظَّه فقط؛ لأن حقَّه في النِّصف بَطَل بالقَضاء للأوَّل، فلا يَعودُ.

وإن رَدَّ بعدَ القبضِ بلا حُكمٍ: يُخيَّرُ بينَ أخذِ حظِّه بالبَيع الأوَّلِ أو الكلِّ بالنَّقض؛ لأن الرَّدَّ بعدَ القبضِ بغَير قَضاءٍ بيعٌ جَديدٌ في حقِّ الثّالثِ، والغائِبُ ثالِثُهما، فتثبت[2] له الشُّفعةُ في الكلّ.

وإن كان الأوَّلُ شرَيكًا، فرَدَّ بعدَ القَضاءِ له: لا حقَّ للجار، وأخَذ بدُونه.

وإن كان الأوَّلُ شَريكًا، فرَدَّ بعدَ القَضاءِ له: فلا حقَّ للجار؛ لأن الشَّريكَ مُقدَّمٌ على الجار، فإذا قُضِي للشَّريك صار الجارُ مَقضيًّا عليه في الكلّ، فلا يَبقى له حقٌّ أصلًا.

وإن رَدَّها بدُونه: للجار أن يَأخُذَها؛ لأنه كان شَفيعًا، ولم يُبطِل حقَّه.

حَضَر أحَدُ الشُّفعاءِ، وأخَذ الكلَّ، فحَضَر آخَرُ، فصالَح على ثُلُثها: صحّ، فلو حَضَر آخَرُ: فللمُصالَح أربَعةٌ من ثَمانيةَ عَشَرَ، ولكلِّ آخَرَ سَبعةٌ.

حَضَر أحدُ الشُّفَعاءِ وأخَذ الكلَّ، ثم حَضَر آخرُ وصالَح مع الأوَّلِ على أن يَأخُذَ منه ثُلُثَها: صَحّ؛ لأنه إسقاطُ بعضِ حقِّه وأخذُ بعضِه، وهو مَعلومٌ.

فلو حَضَر الثّالثُ قُسِمت على ثَمانيةَ عشَرَ، أربَعةٍ للمُصالِح، ولكلِّ آخَرَ سَبعةٌ؛ لأن الثّانيَ سَلَّم الشُّفعةَ في الثُّلُث لا في الثُّلُثَين؛ لأن مِثلَ ما أخَذ الثّانِي سالِمٌ للأوَّل بلا تَسليمٍ، فلا يَظهَرُ أثَرُ التَّسليمِ في مِثل ما أخَذ الثّانِي.

---

(١) في (هـ): بمحضر.

(٢) في (هـ): فبقيت.

وإنما يَظهَرُ فيما زاد على ذلك، وهو الثُّلُثُ، فما جَرى فيه التَّسليمُ -وهو الثُّلُث- يَكونُ بينَ الأوَّلِ والثّالثِ نِصفان، وما لم يَجْرِ فيه التَّسليمُ بينَهم أثلاثٌ، فيُحتاجُ إلى حِسابٍ له ثُلُثٌ وثُلُثان، ولثُلُثه نِصفٌ، ولثُلُثَيه ثُلُثٌ[1]، وأقَلُّه ثَمانيةَ عشَرَ، فالثُّلُثُ الذي جَرى فيه التَّسليمُ -وهو سِتّةٌ- بينَ الأوَّلِ والثّالثِ نِصفان، لكلِّ واحِدٍ ثُلُثُه[2]، وبَقِي اثنا عشَرَ بينَ الكلِّ أثلاثًا، فيَكونُ للثّاني أربعَةٌ، ولكلِّ واحِدٍ من الباقِيين سَبعةٌ.

ولو اشتَرى اثنانِ منهم صَفْقةً على أن لأحَدهما سُدُسًا، وللآخَر البَقِيّةَ: صحّ، فإن لَقِي الثّالثُ ذَا السُّدُسِ: أخذ نِصفَ ما في يَده.

دارٌ لها شُفَعاءُ ثَلاثةٌ، اشتَراها اثنان منهم صَفْقةً واحِدةً على أن لأحَدهما سُدُسَها، وللآخَر خَمسةَ أسداسِها: صَحَّ الشِّراءُ، ولا شُفعةَ لأحَدهما على صاحِبه؛ لأنهما متى اشتَريا صَفْقةً صار كلُّ واحِدٍ منهما مُتمِّمًا عقدَ صاحِبِه؛ لأنه لا يَصِحُّ شِراءُ أحَدِهما إلا بقَبول الآخرِ، فلو أخذ نَصيبَ صاحِبِه بالشُّفعة يَصيرُ ساعِيًا في نَقض ما تَمَّ به، فإن لَقِي الثّالثُ صاحِبَ السُّدُسِ أخذ نِصفَ ما في يَده.

صالَح الْمُشتَري أحَدَ الشَّفيعَين على أخذ النِّصفِ، وحَضر الآخَرُ: أخَذ ما للمُشتَري ونِصفَ شَريكِه.

اشتَرى دارًا ولها شَفيعان، فحَضَر أحَدُهما، وصالَح الْمُشتريَ على أن يَأخُذَ منه النِّصفَ، ثم حَضر الآخرُ: فله أن يَأخُذَ ما في يَد الْمُشتَري ونِصفَ ما في يَد الأوَّلِ؛ لأن الأوَّلَ لَمّا صالَح الْمُشتريَ على النِّصف صار مُسلِّمًا الشُّفعةَ في النِّصف، فبَقِي حقُّ الأوَّلِ في النِّصف، وحقُّ الثّاني في الكلّ، فسَلِم النِّصفُ للثّاني بلا مُنازَعةٍ، واستَوت

(١) في (أ) و(ب): حساب له ثلث، ولثلثيه ثلث، وفي (ز): ولثلثه نصف، ولثلثه ثلث.

(٢) في (أ): ثلاثة.

مُنازَعتُهما في النِّصف الآخرِ، فيُقسَمُ على ما ذَكَرنا.

اتَّفَق البائعُ والْمُشتَري على خِيار البائعِ، وأنكَر الشَّفيعُ: صُدِّقا، كالآمِر والْمَأمورِ بالبَيع مع الْمُشتَري.

ولو اتَّفَق البائعُ والْمُشتَري على أن البيعَ كان بخِيار البائعِ، وأنكَر الشَّفيعُ: فالقولُ لهما؛ لأن الشَّفيعَ يَدَّعي عليهما حقَّ التَّملُّكِ بالبَيع الباتِّ[1]، وهما يُنكِران ذلك، والقولُ للمُنكِر.

وكذا لو تَصادَق الوَكيلُ بالبَيع مع الْمُشتَري على الخِيار، وأنكَر الآمِرُ[2]: فالقولُ لهما؛ لأن العقدَ صَدَر منهما.

اشتَرى دارًا بعبدٍ، ولم يَتقابَضا، فوَجَده أعوَرَ، فرَدّ أو رَضِي: أُخِذ بقِيمته سليمًا.

اشتَرى دارًا بعبدٍ، ولم يَتقابَضا[3]، فوَجَده أعوَرَ، فرَدّ أو رَضِي: أخَذها الشَّفيعُ بقِيمته سَليمًا؛ لأن الشَّفيعَ إنما يَثبُتُ له حقُّ الأخذِ بمِثل البدَلِ الذي صار مُستحَقًّا، والبدَلُ الذي صار مُستحَقًّا بالعَقد العبدُ الصَّحيحُ لا الْمَعيبُ، وصار كما لو باع بألفِ جِيادٍ، فوَجَدها زُيوفًا بعدَ القبضِ، ورَضِي به، فإنه لا يَظهَرُ ذلك في حقِّ الشَّفيعِ، حتى لو أخَذها يَأخُذُها بألفِ جِيادٍ.

قال أحَدُ الشُّفَعاءِ قبلَ الأخذِ: (سَلَّمتُ نِصفَ حقِّي)، أو (سَلَّمتُ لك) لأحَد صاحِبَيه: سَقَطت(س)، كآخِذِ نِصفِ الدّارِ.

---

(١) في (د) و(هـ): الثابت.

(٢) في (ج): الآخر.

(٣) في (ج): بعبد ثم تقابضا.

قال أحدُ الشُّفَعاءِ قبلَ الأخذِ: (سَلَّمتُ نِصفَ حقِّي) أو (سَلَّمتُ لك) لأحَد صاحِبَيه: سَقطت؛ لعَدَم تَجزِّيها.

وكذا لو قال الشَّفيعُ: (آخُذُ نِصفَ الدّارِ بالشُّفعة): كان تَسليمًا للكلِّ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن طلَبَ النِّصفِ تركُ النِّصفِ وسُكوتٌ عنه، وهو تَسليمُ ذلك النِّصفِ، وتَسليمُ النِّصفِ تسليمُ الكلِّ؛ لأنه لا يَتجزّى.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لم يكن تَسليمًا للكلّ؛ لأنه صَرَّح بالطَّلَب، فلا يَثبُتُ التَّسليمُ الذي هو ضِدُّه.

باع نِصفَ دارِه، وأخَذ الجارُ، وقاسَمه، وحَضَر شَريكٌ في الطَّريق: لا تُنقَضُ قِسمتُه، بخِلاف قِسمةِ الشَّفيعَين إن حَضَر ثالِثٌ، فإن لَقِي أحَدَهما: أخَذ رُبُعَ ما في يَده.

باع نِصفَ دارِه، وأخَذه الجارُ وقاسَمه بقَضاءٍ أو بغَيره، وحَضَر الشَّريكُ في الطَّريق: يَأخُذُ ما في يَده، ولا تُنقَضُ القِسمةُ؛ لأنها من تَمام القبضِ، وليس له نقضُه.

بخِلاف ما لو اشترى دارًا، وأخَذ الشَّفيعان واقتَسَما، ثم حَضَر الثّالِثُ؛ لأنه لو لم تُنقَض يَتفرَّقُ مِلكُه؛ لأنه يَأخُذُ من كلِّ واحِدٍ منهما ثُلُثَ ما في يَده، فيَصيرُ نِصفُ حقِّه في مَنزِلٍ، ونِصفُه في مَنزِلٍ آخرَ، فيَتضرَّرُ به، وهنا لا يَتضرَّرُ؛ لأنه لا يَتفرَّقُ مِلكُه؛ لأنه يَأخُذُ ما أخَذه الجارُ.

فإن حَضَر الشَّفيعُ الثّالثُ ولم يَلقَ الشَّفيعَين، بل لَقِي أحَدَهما؛ فإنه يَأخُذُ رُبُعَ ما في يَده لا نِصفَه؛ لأن ما[1] في يَد الحاضِرِ نِصفُه مَأخوذٌ بالقِسمة، ونِصفُه مَأخوذٌ بالشُّفعة، ولا شُفعةَ في المَأخوذ بالقِسمة؛ لأن القِسمةَ فاسِدةٌ، وحقُّهما في المَقبوض بالشُّفعة سَواءٌ، فلهذا يَأخُذُ منه رُبُعَ ما في يَده.

---

(١) في (ب): لأن نصف ما.

أخَذ الشَّفيعُ، فمَرِض البائِعُ، وهو مُورِّثُ الشَّفيعِ، وحطَّ عن مُشتَريه: لَغا.

باع دارًا من أجنَبيٍّ، فأخَذها الشَّفيعُ، فمَرِض البائِعُ، وهو مُورِّثُ الشَّفيعِ، وحَطَّ عن الْمُشتَري: بَطَل الحطُّ؛ لأنه يَصيرُ حطًّا عن الوارِث؛ لتَحوُّل الصَّفْقةِ إليه.

ولو وَلّاه الْمُشتَري، أو رابَح وحطّ: صحّ.

ولو وَلّاه الْمُشتَري من وارِث البائِعِ أو رابَح: صَحَّ[1] الحطُّ، ويَلزَمُ حطُّ مِثلِه عن الوارِث؛ لأنه تَمليكٌ مُبتدأٌ باختِياره، فلم يكن تَصرُّفُ الْمَريضِ واقِعًا له.

مَريضٌ باع من أجنَبيٍّ، ووارِثُه شَفيعٌ، أو بعَكسه: لا شُفعةَ.

مَريضٌ باع دارَه من أجنَبيٍّ، ووارِثُه شَفيعٌ، أو بعَكسه: لا تَجِبُ الشُّفعةُ.

أما الْمَسألةُ الأُولى: فهي على وَجهَين:

إن باع بمِثل قِيمتِها: فلا شُفعةَ له عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما؛ لأن الصَّفْقةَ تَتحوَّلُ إليه، فصار كأنه باع من الوارِث، ونفسُ البيعِ وصِيّةٌ عندَه، فبَطَل.

وإن باع بمُحاباةٍ: فلا شُفعةَ له عندَهم، أَجاز بقِيّةُ الوَرَثةِ أو لم يُجيزوا.

وأما الثّانيةُ: فالبيعُ عندَه باطِلٌ، سَواءٌ كان فيه مُحاباةٌ أَوْ لا؛ لِما مَرّ، ولا شُفعةَ للشَّفيع؛ للفَساد.

وعندَهما: البيعُ جائزٌ بمِثل القِيمةِ، وللشَّفيع أن يَأخُذَها بمِثل قِيمتِها.

قال لأحَد الشَّفيعَين: (اشتَريتُها لك بأَمرك)، فصَدَّقه، وكَذَّبه الآخَرُ: بَقِيت، وإن قال: (هي لك)، أو (اشتَريتَها قَبْلي)، أو (وَهَبك وقَبَضتَ)، وصَدَّقه: لا.

---

(١) في (ج): أو رابح وحط: صح.

قال الْمُشتَري لأحَد الشَّفيعَين: (اشتَريتُ الدّارَ لك بأَمرك)، فصَدَّقه الْمُقَرُّ له، وكَذَّبه الآخرُ: فالدّارُ بينَهما بالشُّفعة؛ لأن تَصديقَه الْمُشتريَ لا يُبطِلُ شُفعتَه.

وإن قال الْمُشتَري: (الدّارُ لك، ولم تكن لي) أو (اشتَريتَها قَبلي) أو (وَهَبك وقَبَضتَ)، وصَدَّقه الْمُقَرُّ له، وكَذَّبه الآخرُ: بَطَلت شُفعتُه؛ لأن حقَّ الشُّفعةِ يثبُت باعتِبار الشِّراء، فإذا ادَّعى عدمَ الشِّراءِ وصَدَّقه فيه.. فقد أقَرَّ ببُطلان شُفعتِه، فكانت الشُّفعةُ كلُّها للآخَر.

مُضارِبٌ ابتَاع دارًا ثم دارًا، وهو جارٌ كربِّ المالِ: فهي أثلاثٌ، ولو لها جارٌ آخَرُ: فالثُّلُثُ له، والباقِي أثلاثٌ.

مُضارِبٌ اشتَرى دارًا ببَعض مالِ الْمُضارَبةِ، ثم اشتَرى بالباقِي دارًا أُخرى بجَنبها، وهو شَفيعُها بدارٍ له خاصّةٍ، وربُّ المالِ كذلك: فالدّارُ الثّانيةُ تُجعَلُ أثلاثًا، ثُلُثُها للمُضارَبة، وثُلُثها للمُضارِب، وثُلُثُها لربِّ المالِ، كأن الشُّفعاءَ ثَلاثةٌ.

ولو كان لها شَفيعٌ أجنَبيٌّ أيضًا: فللأجنَبيِّ ثُلُثٌ كامِلٌ؛ لأن الْمُزاحِمَ في حقِّه اثنان، ولا يَظهَرُ اختِلافُ الجِهةِ في حقِّه، ثم يُقسَمُ الثُّلُثان أثلاثًا.

صالَح عن عَيب الْمَبيعِ على دارٍ: أخَذ الشَّفيعُ بحِصّة العَيبِ، ورابَحهما على كلِّ الثَّمَنِ، لا أحَدَهما.

رَجُلٌ اشتَرى أمةً بألفٍ، وتَقابَضا، ووَجَد بها عَيبًا يَنقُصُها العُشرَ، فأقَرَّ البائعُ أو جَحَد، فصالَحه على دارٍ: جاز، فللشَّفيع أخذُها بحِصّة العَيبِ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا شُفعةَ فيها -وهو القِياسُ- لأنها مُلِكت بإزاء الفائِتِ، وهو وصفٌ لا يُقابِلُه الثَّمَنُ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الفائِتَ مالٌ، ولهذا لو امتنَع الرَّدُّ يَرجعُ بقِيمة النُّقصانِ، مع أن الاعتِياضَ عن الحقِّ لا يَجوزُ، ولو اشتَرى بحِصّة العَيبِ شيئًا يَجوزُ، فثَبَت أن الدّارَ مُلِكت بإِزاء المالِ.

وللمُشتَري أن يَبيعَها مُرابَحةً على كلِّ الثَّمَنِ، وليس له أن يَبيعَ الدّارَ أو الأمةَ مُرابَحةً بدُون البَيانِ؛ لأن[1] عُشرَ الثَّمَنِ وإن كان بمُقابَلة الدّارِ، وتِسعةَ أعشارِه بمُقابَلة الأمةِ.. ولكن هذه قِسمةٌ عُرِفت بالحَزْر، فكان فيه شُبهةُ التَّفاوُتِ، ومَبنى المُرابَحةِ على الأَمانة، فتَمتنِعُ عندَ شُبهةِ الخِيانةِ.

فإن رَدَّها بعَيبٍ بحُكمٍ قبلَ أخذِه: بَطَلت، وعاد الْمُشتَري على حُجّته في العَيب[2]، ورابَح على كلِّ الثَّمَنِ ما لم يَرجع بالعَيب.

فإن وَجد الْمُشتَري بالدّار عَيبًا، فرَدَّها بقَضاءٍ قبلَ أن يَأخُذَها الشَّفيعُ: بَطَلت شُفعتُه؛ لأنه لم يَبقَ للصُّلح أثرٌ، وعاد الْمُشتَري على حُجّته في العَيب.

وله أن يُرابِحَ الأمةَ على كلِّ الثَّمَنِ ما لم يَرجِع بالعَيب؛ لأنه لَمّا انفَسَخ الصُّلحُ صار كلُّ الثَّمَنِ بإِزاء الأمةِ.

اشتَرى دارًا، وصالَح من عَيبها على عبدٍ: أخَذها الشَّفيعُ بحِصّتها، فإن فَعَل، فاستُحِقّ، أو رَدَّ بخِيارٍ: فالشَّفيعُ رَدَّ حظَّ العَيبِ إلى الْمُشتَري أو الدّارَ.

والْمُشتَري على حُجّته إن أخَذ بقَضاءٍ، وكذا إن رَدَّه بعَيبٍ بقَضاءٍ، ولو برِضًا: لا شيءَ على الشَّفيع.

اشتَرى دارًا، فصالَح من عَيبها على عبدٍ: أخَذها الشَّفيعُ بحِصّتها، فإن فَعَل،

---

(١) في (هـ): مرابحة على كل الثمن؛ لأن، وفي (ز): ولأن.

(٢) في (م): لا بعيب.

فاستُحِقَّ العبدُ، أو رُدَّ بخِيار رُؤيةٍ أو شرطٍ في الصُّلح: فالشَّفيعُ بالخِيار، إن شاء أدّى[1] حظَّ العَيبِ إلى الْمُشتَرِي، وإن شاء رَدَّ الدّارَ، ويَكونُ الْمُشتَرِي على حُجّته مع البائِعِ إن أخَذها بالقَضاء؛ لأنه فسخٌ في حقِّ الكلِّ.

وكذا إن كان الْمُشتَرِي رَدَّ العبدَ بعَيبٍ بقَضاءٍ، ولو رَدَّه برِضًا لا شيءَ على الشَّفيع؛ لأنه عقدٌ جَديدٌ، فصار كما لو باعه.

(١) في (ج): رد، وفي (د): إن شاء أخذ المشتري.

فَصْلٌ

[في مسائل أخرى متعلقة بالشُّفْعة]

الاستِحقاقُ بحقٍّ سَبَق العقدَ يُبطِلُه، لا بحقٍّ تأخَّر.

الاستِحقاقُ بحقٍّ سابِقٍ على العَقد يُبطِلُ العقدَ؛ لأنه ظَهَر به أن العقدَ لم يُباشِره المالِكُ ولا نائِبُه، وبحقٍّ مُتأخِّرٍ عنه: لا يُبطِلُه؛ لأنه لم يَظهَر به أن التَّصرُّفَ السّابقَ لم يَصدُر من المالِك أو نائِبه.

والشَّفيعُ يَتقدَّمُ على من قام مَقامَ الْمُشتَري أيضًا.

والشَّفيعُ كما يَتقدَّمُ على الْمُشتَري يَتقدَّمُ على من قام مَقامَ الْمُشتَري.

اشتَرى دارًا، فزاد، أو صالَح عن دَعوى فيها بإنكارٍ، فأخَذ الشَّفيعُ بقَضاءٍ: رَجَع، وبغَيره: في الأوَّل فقط.

اشتَرى دارًا بألفٍ، فزاد الْمُشتَري في الثَّمَن، أو صالَح عن دَعوى فيها بإنكارٍ، ثم أخَذها الشَّفيعُ بألفٍ بقَضاءٍ: رَجَع[1] الْمُشتَري على البائِع بالزِّيادة، وعلى الْمُدَّعي ببَدَل الصُّلحِ؛ لأن الشَّفيعَ استَحقَّها بحقٍّ سابِقٍ على الصُّلح وعلى الزِّيادة، فأوجَب بُطلانَ الصُّلحِ والزِّيادةِ من الأصل.

ولأن من باشَر التَّصرُّفَ لغَرَضٍ يَبطُلُ ببُطلان الغرَضِ، والْمُشتَري إنما دَفَع بدَلَ الصُّلحِ أو زاد في الثَّمَن لتَسلَمَ له الدّارُ، فإذا لم تَسلَم يَرجِعُ بما دَفَع.

(١) في (ب): ثم رجع.

ولو سَلَّم الْمُشتَري الدّارَ إلى الشَّفيع بغَير قَضاءٍ.. ففي الزِّيادة: يَرجِعُ على البائِع، وفي بَدَل الصُّلحِ: لا يَرجِعُ على الْمُدَّعي؛ لأن البائِعَ مُقِرٌّ بثُبوت حقِّ الشُّفعةِ للشَّفيع، وأنه حقٌّ سابِقٌ على حقِّ الْمُشتَري، فكان في زَعمه أنه لَمّا لم تَسلَم له الدّارُ لم تَسلَم لي[1] الزِّيادةُ التي هي بدَلُ الدّارِ.

أما الْمُدَّعي: فغيرُ مُقِرٍّ بحقِّ الشَّفيعِ، وفي زَعمه أن الْمُشتريَ إنما سَلَّم الدّارَ إليه باختِياره، فصار ذلك كبيعٍ جَديدٍ في حقِّي[2]، فلا يَظهَرُ في بُطلان الصُّلحِ.

ولو كان الْمُشتَري شَفيعًا أيضًا، فقَبَض ووَهَب: فلشَريكه أخذُ نِصفِها، وتَبطُلُ الهِبةُ، بخِلاف الرُّجوعِ، ونقضِ الوَرَثةِ.

ولو كان الْمُشتَري شَفيعًا أيضًا، فقَبَضها الْمُشتَري ووَهَبها لرَجُلٍ: فلشَريكه أخذُ نِصفِها؛ لتَساوي الْمُشتَري والشَّفيعِ في حقِّ الشُّفعةِ.

وإذا أخَذ تَبطُلُ الهِبةُ في النِّصف الآخرِ؛ لأن الشَّفيعَ أخَذ النِّصفَ بحقٍّ سابِقٍ على الهِبة، فكان الشُّيوعُ مُقارِنًا للهِبة، فتَبطُلُ الهِبةُ.

بخِلاف رُجوعِ الواهِبِ في النِّصف، وبخِلاف ما إذا نُقِضت الهِبةُ في الثُّلُثَين لحقِّ الوَرَثةِ، بأن وَقَعت الهِبةُ في المَرَض؛ حيث لا تَبطُلُ الهِبةُ في الباقِي؛ لأنه شُيوعٌ طارِئٌ.

شَهِد بدارٍ، فرُدَّت، فاشتَرى: فشَفيعُها أحَقُّ من الْمُقَرِّ له، كأَمره.

رَجُلٌ شَهِد بدارٍ لرَجُلٍ، فرُدَّت شَهادتُه، ثم اشتَراها الشّاهِدُ، ولها شَفيعٌ: فشَفيعُها أحقُّ من الْمُقَرِّ له؛ لأن الْمُقَرَّ له إنما يَأخُذُ بحُكم إقرارِ الْمُقِرِّ، وهو الْمُشتَري، والشَّفيعُ يَتقدَّمُ عليه، فكذا على من يَقومُ مَقامَه.

---

(١) في (ب): إلي.

(٢) في (ج) (هـ): حقه.

فإن لم يكن لها شَفيعٌ، ولكن الْمُشتَري اشتَراها لرَجُلٍ أمَره بذلك: فالدّارُ للآمِر دونَ الْمُقَرِّ له[1]؛ لأن الْمُقِرَّ لم[2] يَملِك الدّارَ، فكيف يَملِكُ الْمُقَرُّ له من جِهَته؟!

ولو اشتَرى من الْمُقَرِّ له ثانيًا قبلَ حُضورِ الشَّفيعِ، فحَضَر: أخَذ بالأوَّل أو الثّانِي.

فإن اشتَراها لنَفسه والشَّفيعُ غائِبٌ: فللمُقَرِّ له أن يَأخُذَ الدّارَ، فإذا اشتَرى الدّارَ من الْمُقَرِّ له ثانِيًا قبلَ أن يَحضُرَ الشَّفيعُ.. فإن حَضَر الشَّفيعُ فهو بالخِيار، إن شاء أخَذه بالشِّراء الأوَّلِ، وإن شاء أخَذه بالشِّراء الثّانِي.

ولو اشتَرى غيرُه، فاشتَرى الشّاهدُ منه، وأخَذ بالأوَّل: بَطَل الثّانِي، ورَجَع الشّاهدُ بثَمَنه على بائِعه.

ولو اشتَرى الدّارَ رَجُلٌ آخرُ من ذي اليدِ، ثم اشتَرى الشّاهدُ من ذلك الرَّجُلِ: تَخيَّر الشَّفيعُ، فإن أخَذها بالبَيع الأوَّلِ بَطَل البيعُ الثّانِي، ورَجَع الشّاهدُ بالثَّمَن على بائِعه.

عبدٌ أُسِر، فاشتَراه رَجُلٌ، وأقَرَّ أنه كان مِلكَ زَيدٍ: فهو لسَيِّده الْمَعروفِ بثَمَنه، ولا يَضمَنُ، وإن تَركه أخَذه زَيدٌ به.

عبدٌ أُسِر، فاشتَراه رَجُلٌ من العدوّ، وأقَرَّ أنه كان مِلكَ زيدٍ: فهو لسَيِّده الْمَعروفِ، يَأخُذُه بثَمَنه، ولا يَضمَنُ للمُقَرِّ له[3] شيئًا؛ لأنه مَلَك العبدَ من العدوّ، والعدوُّ مَلكه بالاستِيلاء، فلم يكن غاصِبًا بزَعم الْمُقَرِّ له، بخِلاف ما تَقدَّم، وإن تَركه أخَذه زيدٌ بثَمَنه إن شاء.

---

(١) سقطت من (ب).

(٢) في (ب) و(د): المقر له لم.

(٣) سقطت من (ب) و(د).

ولو قال: (دَبَّره) صار مُدبَّرًا[1]، ولا سَبيلَ لسَيِّده عليه، وأخَذه زَيدٌ مُدبَّرًا إن صَدَّقه، وإن كَذَّبه: بَقِي مَوقوفًا، يَعتِقُ بمَوته.

ولو قال: (دَبَّره): صار مُدبَّرًا؛ لإقراره بالتَّدبير، ولا سَبيلَ لسَيِّده الْمَعروفِ عليه؛ لِمَكان التَّدبيرِ، وأخَذه زيدٌ مُدبَّرًا إن صَدَّقه، وإن كَذَّبه بَقِي مُدبَّرًا مَوقوفًا، يَعتِقُ بمَوته.

وغَلَّتُه مَوقوفةٌ يُنفَقُ عليه منها، فلو عاد إلى تَصديقه: فأَرْشُه له.

وغَلَّتُه مَوقوفةٌ يُنفَقُ عليه منها؛ لأن نَفَقتَه في مال الْمَولى، وهذا مالُ الْمَولى، فلو عاد الْمُقَرُّ له إلى تَصديقه: فالأَرْشُ له.

بخِلاف الشِّراءِ الفاسِدِ.

وهذا بخِلاف الشِّراءِ الفاسِدِ؛ فإنه لو اشتَرى عبدًا شِراءً فاسِدًا، ثم أقَرَّ أنه عبدُ فُلانٍ قد دَبَّره.. إن صَدَّقه فُلانٌ في التَّدبير: أَخَذه مُدبَّرًا، وإن صَدَّقه في الْمِلك دونَ التَّدبيرِ: أَخَذه عبدًا.

وهنا إن كَذَّبه في التَّدبير لا يَأخُذُه أصلًا؛ لأن الْمُقَرَّ له زَعَم أن العبدَ مِلكُ الْمُقِرِّ؛ لأنه صَحَّ شِراؤُه من العدوّ، ونَفَذ التَّدبيرُ بإقراره، كأنه دَبَّره بنَفسه، وثَمَّ ما زَعَم الْمُقَرُّ له بأن العبدَ مِلكُ الْمُقِرِّ، بل زَعَم أنه مِلكي[2]، وشِراؤُه باطِلٌ، فإقرارُه بالتَّدبير يَنفُذُ، فبَقِي عبدًا، فيَأخُذُه عبدًا.

بِيعَت دارٌ بجَنْب مُرتَدٍّ، فلَحِق، وجاء مُسلِمًا قبلَ الحُكمِ: له الشُّفعةُ، وبعدَه لا، وهي لوَرَثته، كما لو بِيعَت بعدَ لَحاقِه.

---

(1) في (م): مدبرًا له.

(2) في (د): ملكه.

بِيعت دارٌ بجَنب مُرتدٍّ، فلَحِق بدار الحربِ، وجاء مُسلِمًا قبلَ الحُكمِ بلَحاقه: له الشُّفعةُ؛ لأن الرِّدّةَ عارِضٌ، فإذا زالت قبلَ التَّأكُّدِ صارت كأن لم تكن.

فإن قُضِي بلَحاقه، وقُسِم مالُه بينَ وَرَثتِه: لا شُفعةَ له، وكانت الشُّفعةُ لوَرَثته؛ لأنه بالقَضاء حُكِم بمَوته من وَقت الرِّدّةِ، فكان مِلكُ الوَرَثةِ سابِقًا على البَيع.

وإن بِيعت الدّارُ بعدَما لَحِق بدار الحربِ فلا شُفعةَ له، وإن عاد مُسلِمًا؛ لأن الحقَّ لم يَثبُت أصلًا.

بِيعَت دارٌ بجِوار مُكاتَبٍ مات عن وَفاءٍ، فأُدِّيَت: فهي لوَرَثته.

مُكاتَبٌ مات عن وَفاءٍ، ثم بِيعت دارٌ بجِواره، فأدّى وَرَثتُه كِتابتَه: فلهم الشُّفعةُ؛ لأنه حُكِم بحُرِّيّته في آخِر حَياتِه، فيثبُتُ جِوارُهم قبلَ البيعِ.

حقُّ الشُّفعةِ لا يَبطُلُ بالفَسخ، ولا يَتجدَّدُ به، وعُهدتُه على الْمُسلِم.

حقُّ الشُّفعةِ لا يَبطُلُ بفَسخ البيعِ من كلِّ وجهٍ؛ لأنه ثَبَت بالبَيع، فلا يَبطُلُ بغَير رِضاه، ولا يَتجدَّدُ به؛ لأنه متى سَلَّم سَقَط[1] حقُّ الشُّفعةِ، فلا يَعودُ إلا بالبَيع أو بما هو في مَعناه، والفسخُ عَودٌ إلى قَديم الْمِلكِ، فلا يَكونُ بيعًا، وعُهدةُ الشَّفيعِ على من سَلَّم الدّارَ إليه، وقد مَرّ.

تَصادَقا أن البيعَ كان تَلجِئةً، أو بخِيارٍ، وفُسِخ: له الشُّفعةُ.

تَصادَق البائِعُ والْمُشتَري أن البيعَ كان تَلجِئةً، أو كان فيه خِيارٌ للبائِع أو للمُشتَري، وفَسَخا العقدَ: لا يُصدَّقان في حقِّ الشَّفيعِ، وله الشُّفعةُ.

اشتَرى، فباع نِصفَها: للشَّفيع نقضُ بيعِه وأخذُ الكلِّ، ولا يَأخُذُ بالبَيعَين.

---

(١) في (أ) و(هـ): وسقط.

ولو وَهَب بيتًا عَينًا: لا يَأخُذُ الباقِيَ بحظِّه، بل نَقَض الهِبةَ، وأخَذ الكلَّ.

اشتَرى دارًا بألفٍ، وباع نِصفَها بخَمسين دِينارًا: للشَّفيع نقضُ بيعِه[1] وأخذُ الكلِّ، ولا يَأخُذُ الشَّفيعُ أحدَ النِّصفَين بالبَيع الأوَّلِ بخَمسمِائةٍ، والنِّصفَ الآخرَ بالبيع الثّانِي بخَمسين دِينارًا: لِما فيه من التَّفريق، وصار كما لو وَهَب الْمُشتَرِيَ بيتًا مُعيَّنًا من الدّار، فليس للشَّفيع أن يَأخُذَ الباقيَ بحظِّه من الثَّمَن، بل يَنقُضُ الهِبةَ، ويَأخُذُ الكلَّ بكلِّ الثَّمَنِ إن شاء.

أُمِر بشِراء دارٍ عَينٍ بعبدٍ عَينٍ للمَأمور: صحّ، ورَجَع بقِيمته، وأخَذ شَفيعُها بقِيمته.

أُمِر بشِراء دارٍ عَينٍ بعبدٍ عَينٍ للمَأمور، ففَعَل: صَحَّ الشِّراءُ للآمِر، ورَجَع الْمَأمورُ على الآمِر بقِيمة العبدِ؛ لأن الآمِرَ صار مُستقرِضًا العبدَ من الْمَأمور، والشَّفيعُ يَأخُذُ الدّارَ بقِيمة العبدِ.

داران مُتَّصِلتان لرَجُلَين، تَقايَضا: فالشُّفعة[2] للجار[3].

داران مُتَّصِلتان لرَجُلَين، تَقايَضا[4]: فالشُّفعةُ للجارَين[5]، ولا شُفعةَ لهما؛ لأن كلَّ واحِدٍ إنما يَستحِقُّ الشُّفعةَ فيما اشتَرى بالجِوار، وقد زال بالبَيع.

ولو كانَتا شِرْكةً، فاشتَرى حظَّ صاحِبِه بحظِّه من تلك: فالشُّفعةُ لهما.

ولو كان كلُّ واحِدٍ من الدّارَين مُشترَكًا بينَهما، فباع كلُّ واحِدٍ منهما حظَّه من هذه

(١) في (هـ): بعضه.

(٢) في (ف): فلا شفعة.

(٣) أي لجار كلّ.

(٤) في (ب): تقابضا، وفي (د) و(هـ): تقايضا.

(٥) في (هـ): للجار.

الدّارِ بحظِّ صاحِبِه من الدّار الأُخرى: فالشُّفعةُ لهما[1] دونَ الجِيرانِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ في النِّصف الذي اشتَرى شَفيعٌ بالنِّصف الآخرِ بالشِّرْكة، والشَّريكُ مُقدَّمٌ على الجار.

ادَّعى شِراءَ البِناءِ ثم الأرضِ، وادَّعى شَفيعُه شِراءَهما معًا: فبَيِّنةُ الْمُشتَري أحَقُّ(م).

ولو أَقام الْمُشتَري بَيِّنةً أنه اشتَرى البِناءَ أوَّلًا بألفٍ، ثم الأرضَ بغَير البِناءِ بألفٍ، وأَقام الشَّفيعُ بَيِّنةً أنه اشتَراهما معًا بألفَين في صَفْقةٍ، ولم يُؤرِّخا: فالبَيِّنةُ للمُشتَري عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنها أكثرُ إثباتًا، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: للشَّفيع؛ لأنها مُلزِمةٌ.

خَصْمُ وَكيلُ الشَّفيعِ، فقال الْمُشتَري: (سَلَّم الْمُوكِّلُ): لا تُترَكُ(م)[2] حتى يَحلِفَ الْمُوكِّلُ.

خصمُ وَكيلُ الشَّفيعِ، فقال له الْمُشتَري: (قد سَلَّم مُوكِّلُك الشُّفعةَ).. فعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُقضى بالشُّفعة، فإذا حَضَر الْمُوكِّلُ فله تَحليفُه؛ لأن الحقَّ ثابتٌ ظاهِرًا، فلا يَبطُلُ بالاحتِمال.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُقضى بالشُّفعة حتى يَحضُرَ الْمُوكِّلُ فيُحلَّفَ؛ لأنه لو أُمِر بالتَّسليم إلى الوَكيل لاحتِيج إلى نَقض هذا القَضاءِ؛ لجَواز أن يَحضُرَ الْمُوكِّلُ فيُحلَّفَ فيَنكُلَ، فالاحتِياطُ في التَّأخير.

باع دارَين صَفْقةً: أخَذهما(ز)، أو تَرَك.

باع دارَين صَفْقةً واحِدةً، وشَفيعُهما واحِدٌ: له أن يَأخُذهما أو يَترُكَ.

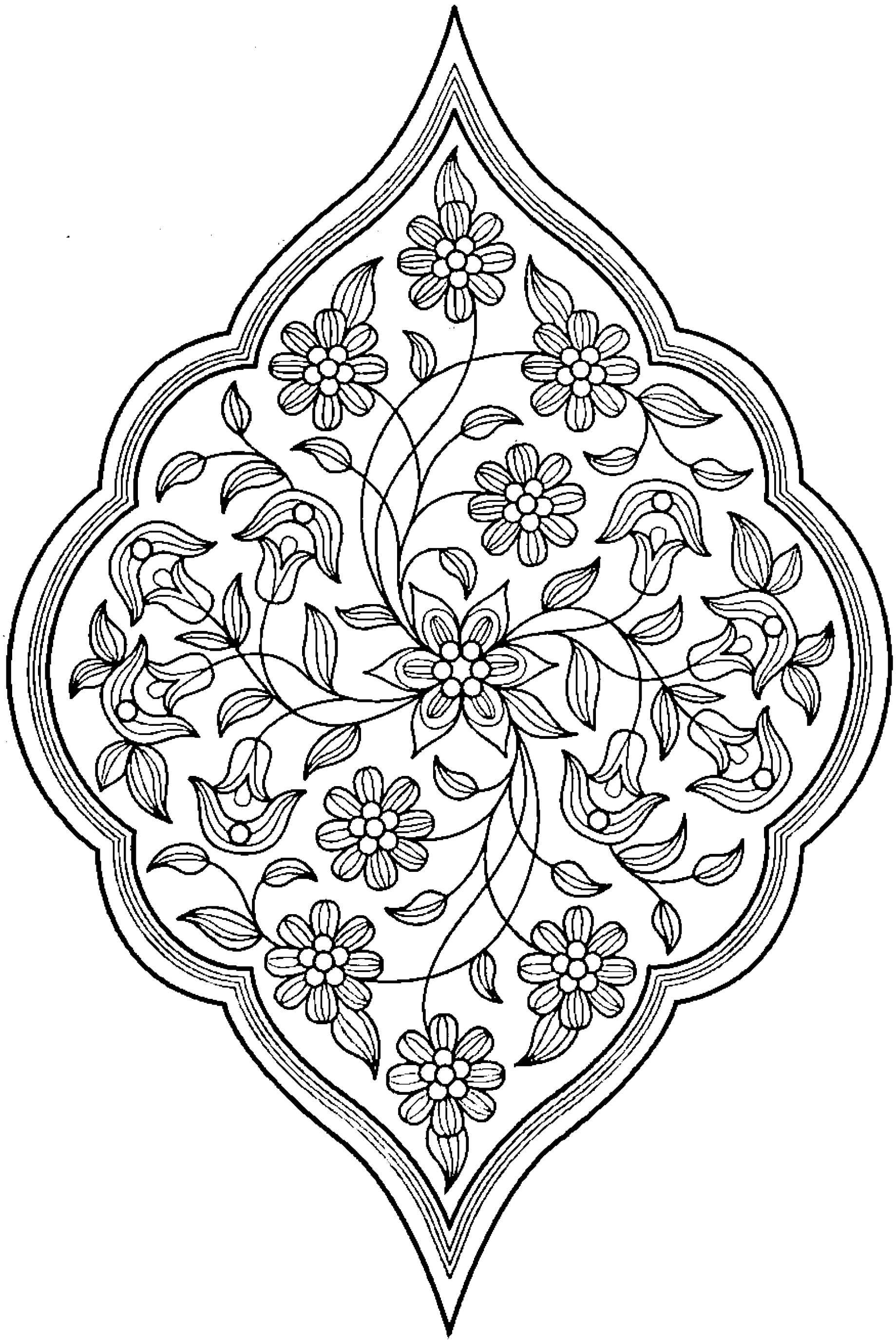
وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له أن يَأخُذَ إحداهما دونَ الأُخرى؛ لأن تَفرُّقَ الْمَكانِ كتَفرُّق الصَّفْقةِ.

(١) كتب في حاشية (ز): للشريك. ظ.

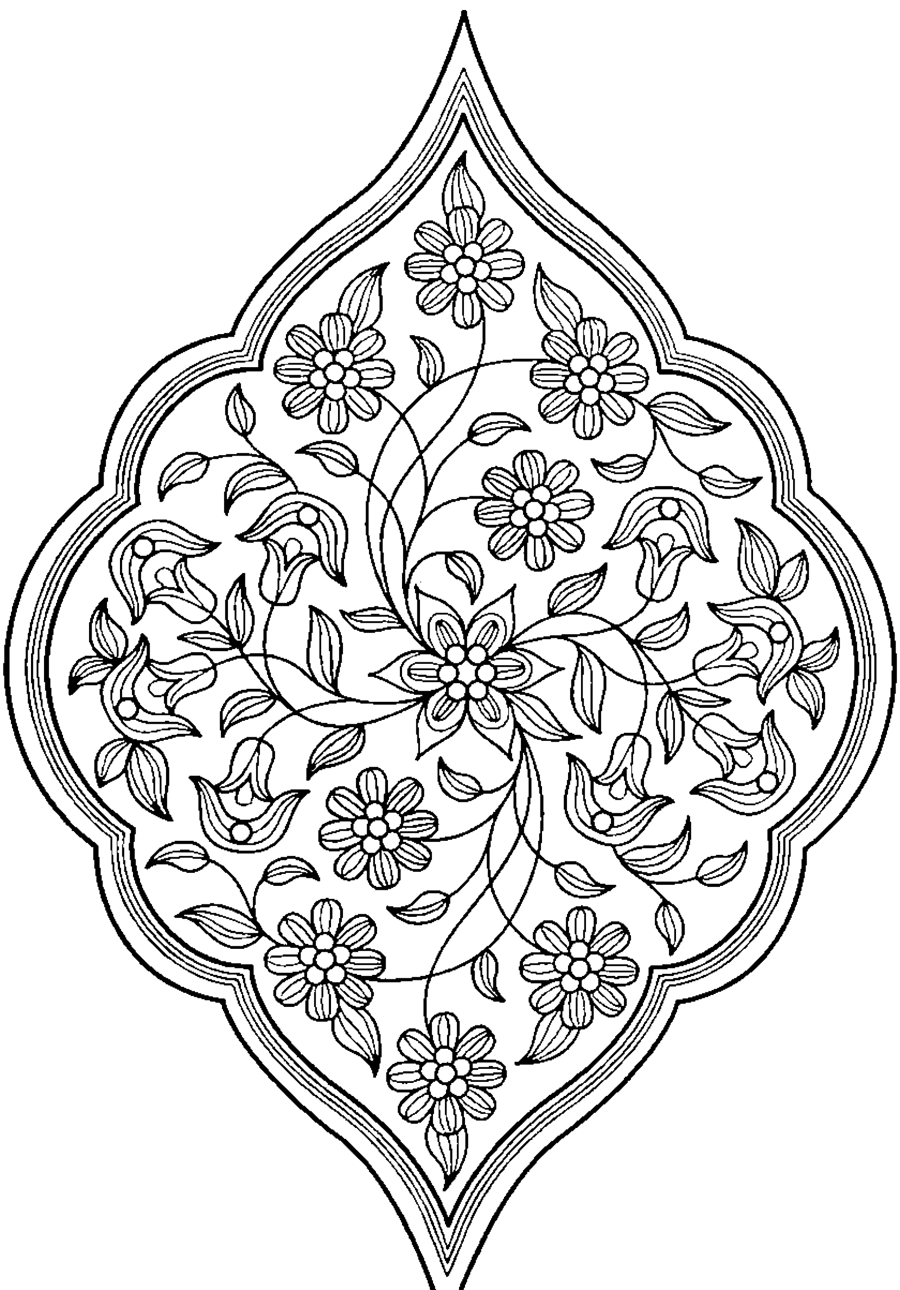
(٢) في (م): سلم الموكل ترك، وفي (ع): لا يترك.

ولنا: أن فيه تَفريقَ الصَّفْقةِ، وفيه ضَرَرٌ على الآخَر، فصارتا كالدّار الواحِدةِ.

ولا فرقَ بينَ الدّارَين الْمُتلاصِقتَين أو الْمُتفرِّقتَين، في مِصرٍ واحِدٍ أو في مِصرَين، كذا في «الْمَبسوط» و«الإيضاحِ»، واللهُ أعلَمُ.



كِتَابُ الْقِسْمَةِ



كتاب القسمة

كِتابُ القِسمةِ(١)

جمعُ حظٍّ شائعٍ في مُعيَّنٍ.

هي: جمعُ النَّصيبِ الشّائعِ في مُعيَّنٍ.

وجَوازُها: بالكِتاب: قال اللهُ تَعالى: ﴿نَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨]، ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشّعراء: ١٥٥].

والسُّنّةِ، فقد باشرها النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الغَنائِم والْمَواريثِ(٢).

وإجماعِ الأُمّةِ.

ورُكنُها: الفِعلُ الذي يَقَعُ به الإفرازُ، كالكَيل، والوزنِ، والعدِّ، والذَّرعِ.. في الكَيليّ، والوَزنيِّ، والعدَديِّ، والذَّرعيِّ.

---

(١) هي لغةً: اسمٌ من الاقتِسام، أو التَّقسيم، لكن الأنسبُ بما يأتي من لَفظ القاسِمِ أن تكونَ مَصدَرَ (قَسمه) بالفتح، أي جَزَّأه. «الدر المنتقى» ٤/ ٥١١.

القسمة لغة: من الاقتسام، وفي الشريعة: تمييز الحقوق وإفراز الأنصباء. «التعريفات» ص١٧٥.

(٢) قسمته صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للغنائم مر في كتاب السِّير كما قال العيني في «البناية» ١١/ ٣٩٨، ومن ذلك ما رواه البخاري (٣١٣٦)، وقسمته صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في المواريث سيأتي في الفرائض، ومنه حديث البخاري (٦٧٣٦).

وشرطُها: أن لا تَتبدَّلَ الْمَنفَعةُ بالقِسمة ولا تَفوتَ؛ لأنها لإفراز[1] ما لكلِّ واحِدٍ قبلَ القِسمةِ من الْمِلك والْمَنفَعةِ، وإنما يَتحقَّقُ هذا إذا بَقِي الْمُفرزُ على ما كان قبلَ الإفرازِ بأَصله ومَنافِعِه، فأما إذا تَبدَّل: يَكونُ تَبديلًا لا إفرازًا.

وتَشتمِلُ على الإفراز[2] والْمُبادَلةِ، وهو الظّاهرُ في الْمِثليّ، فيَأخُذُ حظَّه حالَ غَيبةِ صاحِبِه، وهي في غَيره، فلا يَأخُذُ.

وإنها لا تَنفكُّ عن مَعنى الْمُبادَلةِ والإفرازِ؛ لأنه ما من جُزءٍ مُعيَّنٍ إلا وهو مُشتمِلٌ على النَّصيبَين، فكان ما يَأخُذُه كلُّ واحِدٍ منهما نِصفَه مِلكَه، ولم يَستفِد من صاحِبه، فكان إفرازًا، والنِّصفُ الآخَرُ كان لصاحِبه، فصار له عِوَضًا عما في يَد صاحِبِه، فكان مُبادَلةً.

إلا أن مَعنى الإفرازِ والتَّمييزِ في الْمَكيلات والْمَوزوناتِ والعدَديّاتِ الْمُتقارِبةِ.. أظهَرُ؛ لعَدَم التَّفاوُتِ بينَ أبعاضِ الْمَكيلاتِ والْمَوزوناتِ؛ لأن ما يَأخُذُه مِثلُ حقِّه صُورةً ومَعنًى، فأمكَن أن يُجعَلَ عَينَ حقِّه.

ولهذا جُعِل عَينَ حقِّه في القَرض وقَضاءِ الدَّينِ؛ ألا تَرى أن لأحَدهما أن يَأخُذَ نَصيبَه حالَ غَيبةِ صاحِبِه، ولو كانت مُبادَلةً لشُرِط رِضاه، ولو اشتَريا مَكيلًا أو مَوزونًا، ثم اقتَسَما: جاز لأحَدهما أن يَبيعَ نَصيبَه مُرابَحةً.

ومَعنى الْمُبادَلةِ أظهَرُ في الحَيَوانات والعُروضِ؛ لوُجود التَّفاوُتِ بينَ أبعاضِها، فلا يُمكِنُ أن يُجعَلَ كأنه أخَذ حقَّه، ولهذا لا يَقدِرُ أحَدُهما أن يَأخُذَ نَصيبَه عندَ غَيبةِ الآخَرِ.

---

(١) في (ج): إفراز.

(٢) الإفراز: العزل والتمييز. «لغة الفقهاء» ص٨١.

قسمة الإفراز: القسمة التي أمكن فيها تعديل الحصص من غير رد. «لغة الفقهاء» ص٣٤٢.

ويُجبرُ في مُتَّحِد الجِنسِ فقط.

ولو اشتَريا فاقتَسَما: لا يَبيعُ أحَدُهما نَصيبَه مُرابَحةً بعدَ القِسمةِ، إلا أنها إذا كانت من جِنسٍ واحِدٍ أُجبِر القاضِي على القِسمة بطَلَب أحدِ الشُّرَكاءِ؛ لِما فيها من مَعنى الإفرازِ، وفيه تَكميلُ الْمَنفَعةِ، والْمَقاصِدُ مُتقارِبةٌ باتِّحاد الجِنسِ، وجاز الإجبارُ على الْمُبادَلة، كما في الأَخذ بالشُّفعة وقَضاءِ الدَّينِ، فإن الذي يُوفِيه ليس عَينَ حقِّه، وإنما هو عِوَضُ حقِّه؛ وهذا لأن الطّالبَ للقِسمة يَسألُ القاضِي أن يَخُصَّه بالانتِفاع بنَصيبه، ويَمنَعَ الغيرَ عن الانتِفاع بمِلكه، فيَجِبُ على القاضِي إجابتُه.

وإن كانت أجناسًا مُختلِفةً: لا يُجبرُ القاضِي على قِسمتها؛ لأن التَّفاوُتَ في الْمَقاصِدِ مُتفاحِشٌ، فتَتعذَّرُ الْمُعادَلةُ الْمَطلوبةُ بالقِسمة.

ولو تَراضَوا على القِسمة: صَحّ؛ لأن الحقَّ لهم.

ونُدِب نصبُ قاسِمٍ[1] رِزقُه[2] في بَيت المالِ ليَقسِمَ بلا أجرٍ، وإلا فبأجرٍ بعَدَد الرُّؤوسِ(س م ف).

ويَنبَغي للقاضِي أن يَنصِبَ قاسِمًا يَرزُقُه من بَيت المالِ ليَقسِمَ بينَ النّاسِ بلا أجرٍ، بل هو الأفضَلُ؛ لأن القِسمةَ فصلُ الخُصومةِ؛ لأن تَمامَ انقِطاعِ الْمُنازَعةِ يَكونُ بالقِسمة، فأشبَه القَضاءَ من هذا الوجهِ، فالأَولى أن تُجعَلَ كِفايتُه في بَيت المالِ، كرِزق القاضِي، ولأن مَنفَعتَه تَعودُ إلى العامّة، فتَكونُ كِفايتُه في مالهم؛ لأن الغُرمَ بالغُنْم.

---

(١) القَسْم: هو بفتح القاف مصدر قَسَم القاسمُ المال بين الشركاء: فرقه بينهم وعين أنصباءهم. «الأنيس» ص٥٣.

(٢) الرِّزق: العطاء، مصدر قولك رَزَقه الله يرزُقه -بالضم- رِزقًا. «المختار» ص١٢١.

فإن لم يَفعَل: نَصَب قاسِمًا يَقسِمُ بأجرٍ على الْمُتقاسِمين[1]؛ لأن الْمَنفَعةَ حَصَلت لهم على الخُصوص، فيَكونُ الغُرمُ عليهم، ويُقدِّرُ بأَجر مِثلِه؛ كيلا يَتحكَّمَ بالزِّيادة عليهم.

وأُجرةُ القِسمةِ على عَدَد الرُّؤوسِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: على قَدْر الأنصِباءِ، وهو قولُ الشّافعيِّ[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن هذه مُؤنةٌ تَلحَقُهم بسَبَب الْمِلكِ، فيَكونُ بينَهم على قَدْر الْمِلكِ، كنَفَقة[3] الْمَملوكِ الْمُشترَكِ، وأُجرةِ الكيّالِ والوَزّانِ، وحفرِ البِئرِ الْمُشترَكةِ؛ وهذا لأن الْمَقصودَ بالقِسمة أن يَتوصَّلَ كلُّ واحِدٍ منهم إلى الانتِفاع بنَصيبه، ومَنفَعةُ نَصيبِ صاحِبِ الكَثيرِ أكثَرُ من مَنفَعة نَصيبِ صاحِبِ القَليلِ، والغُرمُ مُقابَلٌ بالغُنْم.

وله: أن الْمَعقودَ عليه هو التَّمييزُ، والأجرُ مُقابَلٌ به، ولا تَفاوُتَ فيه، فيَكونُ الأجرُ عليهم بالسَّوِيّة، كما إذا استَوت الأنصِباءُ؛ وهذا لأن تَمييزَ الأقَلِّ من الأكثَر، كتَمييز الأكثَرِ من الأقَلّ، وربما يَكونُ عمَلُه في نَصيب صاحِبِ القَليلِ أكثَرَ؛ لأن الحِسابَ يَدِقُّ بقِلّة بعضِ الأنصِباءِ، وقد تَعسَّر تَمييزُ صاحِبِ الكَثيرِ لكُسورٍ وَقَع[4] فيه، فلما تَعارَض الوَجهان اعتبَرنا نفسَ التَّمييزِ.

بخِلاف حفرِ البِئرِ الْمُشترَكةِ؛ لأن الأجرَ مُقابَلٌ بنَقل التُّرابِ، وهو يَتفاوَتُ بقِلّة النَّصيبِ وكَثرتِه.

---

(١) في (د): المقاسمين.

(٢) في (هـ): للشافعي.

(٣) في (ب) و(د): كمنفعة.

(٤) في (ج): لكسر يقع.

وأما النَّفَقةُ: فإنها لإبقاء الْمِلكِ، وحاجةُ صاحِبِ الكَثيرِ إلى ذلك أكثَرُ من حاجة صاحِبِ القَليلِ.

وأما أجرُ الكيّالِ والوَزّانِ: فقد قال بعضُ مَشايِخنا: هو على الخِلاف إن كان للقِسمة، والكيّالُ والوَزّانُ بمَنزِلة القَسّامِ؛ إذ الْمَكيلُ أو الْمَوزونُ يُقسَمُ بذلك وإن لم يكن للقِسمة، فإنما افترَقا: لأنه إنما يَستوجِبُ الأجرَ ثَمَّ بعَمَله في الكَيل والوزنِ، وعمَلُه في ذلك لصاحِب الكَثيرِ أكثَرُ، فلهذا كانت الأُجرةُ عليهما بقَدْر الْمِلكِ، بخِلاف القَسّامِ، وهو العُذرُ لو أُجرِيت الْمَسألةُ على الإطلاق ولم تُفصَّل.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الأُجرةَ على الطّالب للقِسمة دونَ الْمُمتنِعِ، وقال صاحِباه: عليهما.

له: أن الطّالبَ للقِسمة إنما يَطلُبُها لِمَنفَعة نفسِه، والْمُمتنِعُ إنما يمتنِعُ لضَرَر يَلحَقُه بها، فلا مَعنى لإيجاب الأُجرةِ على من لا مَنفَعةَ له.

ويَجِبُ كونُه عَدْلًا، عالِمًا بالقِسمة، أمينًا.

ويَجِبُ أن يَكونَ عَدْلًا عالِمًا بالقِسمة أمينًا؛ لأنه لا بُدَّ من القُدرة على القِسمة، وهي بالعِلم، ومن الاعتِماد على قَوله، وذا بالعَدالة والأمانةِ.

ولا يَتعيَّنُ واحِدٌ.

ولا يُجبِرُ القاضِي النّاسَ على قاسِمٍ واحِدٍ، مَعناه: لا يُجبِرُهم على أن يَستأجِروه؛ لأن القِسمةَ إن كانت بمَعنى العقدِ فلا جبرَ على العُقود، وإن كانت بمَعنى الحُكمِ، ولو رَضِي الخَصمان على أن يَحكُمَ بينَهما رَجُلٌ: يَجوزُ، فكذا إذا تَراضيا على أن يَقسِمَ بينَهما رَجُلٌ، ولأن القاسِمَ لو تَعيَّن لتَحكَّم بالزِّيادة على أجر مِثلِه، فيَتضرَّرُ به النّاسُ.

ولو اصطلَحوا فاقتَسَموا: جاز؛ لِولايتهم على أنفُسهم وأموالِهم، إلا إذا كان فيهم صَغيرٌ، فحينَئذٍ يَحتاجُ إلى أَمر القاضِي؛ لقُصور وِلايتِهم عنه.

ولا يَشترِكُ القُسّامُ.

ولا يُترَكُ القُسّامُ يَشترِكون؛ كيلا يَتواضَعوا على مُغالاة الأجرِ، فيُؤدِّيَ إلى الإضرار بالنّاس، بخِلاف ما إذا لم يَشترِكوا؛ لأنه حينَئذٍ يَتسارَعُ كلُّ قاسِمٍ إلى القِسمة بالأَجر اليَسيرِ حذَرَ الفَواتِ، فيَرخُصُ الأجرُ.

ولا يُقسَمُ(س م) عَقارٌ بينَ وَرَثةٍ بإِقرارهم، وقُسِم لو مُشترًى أو مَنقولًا.

وإذا حَضَر الشُّرَكاءُ عندَ القاضِي وفي أيدِيهم دارٌ أو عَقارٌ، وادَّعَوا أنهم وَرِثوها عن فُلانٍ: لم يَقسِمها القاضِي عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ حتى يُقيموا البَيِّنَةَ على مَوته وعدَدِ وَرَثتِه، وقالا: يَقسِمُها بينَهم بإِقرارهم.

ويَذكُرُ القاضِي في صكِّ القِسمةِ أنه قَسَمها بإِقرارهم.

ولو ادَّعَوا في العَقار أنهم اشتَرَوه: قَسَمه بينَهم.

وإن كان المالُ الْمُشترَكُ ما سِوى العَقارِ، وادَّعَوا أنه مِيراثٌ: قَسَمه في قَولهم.

لهما: أن الدّارَ في أيدِيهم، وهي دَليلُ الْمِلكِ، وقد أخبَروا بالإرث من أَبِيهم، والأصلُ في أَخبار الْمُسلِمِ الصِّدقُ، ولا مُنازِعَ لهم فيما أخبَروا به، فيَثبُتُ الْمُخبَرُ به.

فإذا سَألوا القاضِيَ أن يَقسِمَ بينَهم مِلكَهم فعليه أن يُجيبَهم إلى ذلك، ويَقسِمَ بينَهم في حقِّهم؛ تَمكينًا لكلِّ واحِدٍ منهم من الانتِفاع بنَصيبه، كما في الْمَنقول الْمَوروثِ والعَقارِ الْمُشترى، والبَيِّنةُ إنما تَكونُ على الْمُنكِر، ولا مُنكِرَ هنا، ولا مُنازِعَ لهم، فلا تُفيدُ البيِّنةُ.

وإنما يَذكُرُ في صكِّ القِسمةِ أنه قَسَمها بإِقرارهم: ليَتذكَّرَ[1] بالنَّظَر فيه أن[2] حُكمَ القِسمةِ مُقتصِرٌ عليهم غيرُ مُتعدٍّ إلى غَيرهم، حتى لا يَكونُ ذلك قَضاءً على شَريكٍ لهم آخرَ ولا على مالِكٍ لها.

وله: أن الميْتَ يَصيرُ مَقضيًّا عليه بقِسمة القاضِي، وقولُهم ليس بحُجّةٍ عليه، فلا بُدَّ لهم من إِقامة البيِّنةِ ليَثبُتَ بها القَضاءُ على الميْت؛ وهذا لأن التَّرِكةَ قبلَ القِسمةِ مُبقّاةٌ على حُكم مِلكِ الميْتِ؛ بدَليل أن حقَّه يَثبُتُ في الزَّوائِد التي تَحدُثُ حتى تُقضى منها دُيونُه، وتُنفَّذُ وَصاياه، وبالقِسمة يَنقطِعُ حقُّ الميْتِ عن التَّرِكة، حتى لا يَثبُتُ حقُّه فيما يَحدُثُ بعدَ ذلك من الزَّوائِد، فكان هذا قَضاءً على الميْت بقَطع حقِّه، فلا بُدَّ من البيِّنة، ويَصيرُ بعضُهم حينَئذٍ مُدَّعيًا، والبعضُ خصمًا عنه، وإن كان مُقِرًّا.

فإن قِيل: كيف يُجعَلُ خصمًا عنه والْمُقِرُّ لا يَصلُحُ خصمًا؟!

قُلنا: لَمّا لم يُعتبَر إقرارُه عليه يُجعَلُ كالعَدَم، كما لو ادَّعى رَجُلٌ دَينًا على الميْت، وقَدَّم وارِثًا من وَرَثته إلى القاضِي، فأقَرَّ له الوارِثُ بحقِّه، فأَراد الطّالبُ أن يُقيمَ البيِّنةَ عندَ القاضِي على حقِّه؛ ليَكونَ حقُّه في جَميع مالِ الميْتِ، ويَلزَمَ ذلك جَميعَ الوَرَثةِ، فإن القاضِيَ يَقبَلُ منه، ويَحكُمُ له بدَينه في جَميع مالِ الميْتِ؛ لأن الْمُدَّعي يَحتاجُ إلى إِثبات الدَّينِ في حقِّه وحقِّ غيرِه.

وكذا الوصِيُّ إذا أَقَرَّ بالدَّين تُقبَلُ البيِّنةُ عليه مع إقرارِه؛ لبُطلان إقرارِه، بخِلاف الْمَنقولِ؛ لأنه بعَرَض التَّوى والتَّلَفِ، فكانت القِسمةُ للتَّحصين والحِفظِ له، فأما العَقارُ: فمُحصَّنٌ بنَفسه لا يُخشى عليه التَّلَفُ، فلم تكن قِسمتُه للحِفظ، بل كانت قِسمتُه

(١) في (هـ): لئلا يتذكروا، وفي (ز): ليتذكره.

(٢) في (ب) و(د): لأن.

قَضاءً على الميْت بقَطع حقِّه عنه.

ولأن في العُروض ما يَأخُذه كلُّ واحِدٍ منهم بعدَ القِسمةِ يَصيرُ مَضمونًا عليه بالقَبض، وفيه نظَرٌ للمَيْت، وذا لا يُوجَدُ في العَقار؛ لأنه لا يَصيرُ مَضمونًا على من أثبَت يدَه فيه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن غصبَ العَقارِ لا يَتحقَّقُ عندَه.

وأما الشِّراءُ: فقد رُوِي عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في غَير الأُصولِ[1]: أن القاضِيَ لا يَقسِمُها بينَهم، فسَوّى بينَ الشِّراءِ والإرثِ.

والفرقُ على الظّاهِر: أن قَضاءَه بالقِسمة في الْمُشترَى لا يَتضمَّنُ قطعَ حقِّ البائِع؛ لأن بعدَ البيعِ والتَّسليمِ لا يَبقى الْمَبيعُ على حُكم مِلكِ البائِع، وإن لم يُقسَم، فلا تكونُ القِسمةُ قَضاءً على الغَير، بخِلاف الإرثِ.

وإن ادَّعَوا الْمِلكَ ولم يَذكُروا كيف انتقَل إليهم: قَسَمه بينَهم؛ لأن القَضاءَ بالقِسمة هنا يَقتصِرُ عليهم ولا يَتعدّى إلى غَيرهم؛ إذلم يُقِرّوا بأَصل الْمِلكِ لغَيرهم، وهذه رِوايةُ كِتابِ القِسمةِ.

ولو بَرْهَنا أن أرضًا في أيدِيهما: لم تُقسَم حتى يُبرهِنا أنها لهما.

وفي «الجامِع الصَّغيرِ»: أرضٌ ادَّعاها رَجُلان، وأَقاما البَيِّنةَ أنها في أيدِيهما، وأَرادا القِسمةَ: لم يَقسِمها حتى يُقيما البَيِّنةَ أنها لهما؛ لاحتِمال أن تكونَ لغَيرهما.

ثم قِيل: هذا قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ خاصّةً، وقِيل: هو قولُ الكلِّ، وهو الأصحُّ؛ لأن القِسمةَ ضَربان: بحقِّ الْمِلكِ؛ تكميلًا[2] للمَنفَعة، وبحقِّ اليدِ؛ تَتميمًا للحِفظ، وامتَنَع الأوَّلُ هنا؛ لعَدَم الْمِلكِ، وكذا الثّانِي؛ للاستِغناء عنه؛ لأنه مَحفوظٌ بنَفسه.

(١) في (ج): في غير رواية الأصول. وانظر «المبسوط» ١٥/ ١٠.

(٢) في (هـ): تمكينًا.

ولو بَرْهَنا على الْمَوت وعَدَدِ الوَرَثةِ، والدّارُ في أيدِيهم، ومعهم وارِثٌ[1] غائِبٌ، أو طِفلٌ: قُسِم بطَلَبهم، ونُصِب وَكيلٌ أو وَصِيٌّ يَقبِضُ حظَّه.

وإذا حَضَر وارِثان، وأَقاما البيِّنَةَ على الْمَوت وعدَدِ الوَرَثةِ، والدّارُ في أيدِيهم، ومعهم وارِثٌ غائِبٌ أو صَغيرٌ: قَسَم القاضِي بطَلَب الحاضِرين، ونَصَب وَكيلًا بقبض نَصيبِ الغائِبِ، أو وصِيًّا بقَبض نَصيبِ الصَّبيِّ؛ لأن في هذا النَّصيبِ[2] نظَرًا للغائِب والصَّغيرِ.

ولا بُدَّ من إقامة البيِّنةِ على أَصل الْمِيراثِ في هذه الصُّورةِ عندَه أيضًا، بل أَولى؛ لأن في هذه القِسمةِ قَضاءً على الغائِب والصَّغيرِ بقَولهم.

وعندَهما: يَقسِمُها بينَهم بإِقرارهم، ويَعزِلُ حقَّ الغائِبِ والصَّغيرِ، ويُشهِدُ أنه قَسَمها بينَهم بإِقرار الكِبارِ الحُضورِ، وأن الغائِبَ أو الصَّغيرَ على حُجّته.

ولو مُشترِين، وغاب أحَدُهم، أو كان العَقارُ في يَد الغائِبِ، أو الطِّفلِ، أو حَضَر وارِثٌ: لم تُقسَم.

ولو كانُوا مُشتَرين لم يَقسِم مع غَيبةِ أحَدِهم، وإن أَقاموا البيِّنَةَ على الشِّراء.. حتى يَحضُرَ الغائبُ.

والفرقُ: أن مِلكَ الوارِثِ مِلكُ خِلافةٍ، حتى يَرُدُّ بالعَيب على بائِع الْمُورِّثِ، ويُرَدُّ عليه بالعَيب[3]، ويَصيرُ مَغرورًا بشِراء الْمُورِّثِ، حتى لو وَطِئ أمةً اشتَراها مُورِّثُه، فوَلَدت، فاستُحِقّت: ....

(١) في (م): (وولد) بدل (ومعهم وارث)، وفي (س) و(ع): (ووارث) بدل (ومعهم وارث).

(٢) في (ز): القبض.

(٣) في (ب): بالموت.

رَجَع الوارِثُ[1] على بائِع مُورِّثِه بثَمَنها وقِيمةِ الولَدِ؛ للغُرور من جِهَته، فانتَصَب أحَدُهم خصمًا عن الميْت فيما في يَده، والآخرُ عن نَفسه، فصارت القِسمةُ قَضاءً بحَضرة الْمُتقاسِمِين[2].

أما الْمِلكُ الثّابتُ بالشِّراء لكلِّ واحِدٍ منهم: فمِلكٌ جَديدٌ بسبَبٍ باشَره في نَصيبه، ولهذا لا يَرُدُّ بالعَيب على بائِع بائعِه، فلا يَنتصِبُ الحاضِرُ خصمًا عن الغائِب، وإذا لم يُجعَل الحاضِرُ خصمًا عن الغائِب كانت البَيِّنةُ في حقِّ الغائِبِ قائِمةً بلا خصمٍ، فلا تُقبَلُ.

وإن كان العَقارُ في يَد الوارِثِ الغائِبِ أو شيءٌ منه: لم يُقسَم، وكذا إذا كان في يَد مُودَعِه، وكذا إذا كان في يَد الصَّغيرِ أو شيءٌ منه: لم يُقسَم بإقرار الحُضورِ؛ لأن في هذه القِسمةِ قَضاءً على الغائِب أو الصَّغيرِ بإخراج شيءٍ مما كان في يَده عن يَده من غَير خصمٍ حاضِرٍ عنهما، والْمُودَعُ أمينٌ، فلا يَكونُ خصمًا فيما يُستَحَقُّ عليه.

ولا يَجوزُ للقاضِي أن يَقضيَ على الغائِب بحُضور أمينِه.

ولا فرقَ في هذا الفصلِ بينَ إقامةِ البَيِّنةِ وعدَمِها في الصَّحيح.

وإن حَضَر وارِثٌ واحِدٌ لم يَقسِم، وإن أَقام البَيِّنةَ؛ لأنه ليس معه خصمٌ، والحاضِرُ إن كان خصمًا عن نَفسه فليس أحدٌ خصمًا عن الميْت وعن الغائِب، وإن كان خصمًا عنهما، فليس أحدٌ يُخاصِمُه عن نَفسه ليُقيمَ البَيِّنةَ عليه، بخِلاف ما لو كان الحاضِرُ اثنَين من الوَرَثة على ما بَيَّنّا.

ولو كان الحاضِرُ كَبيرًا وصَغيرًا[3] نَصَب القاضِي عن الصَّغير وصِيًّا، وقَسَم إذا

---

(١) في (هـ): المورث.

(٢) في (ج): المتخاصمين.

(٣) في (ب): كبيرًا أو صغيرًا.

أُقيمت[1] البَيِّنةُ؛ لأن للقاضِي وِلايةَ نصبِ الوصِيِّ عن الصَّبيّ، ثم وصيُّ الصَّغيرِ قائِمٌ مَقامَه، فكأنه بالِغٌ حاضِرٌ.

وكذا إذا حَضَر وارِثٌ كَبيرٌ ومُوصًى له بالثُّلُث في الدّار، وطَلَبا القِسمةَ، وأَقاما البَيِّنةَ على الْمِيراث والوصِيّةِ: فإن الدّارَ تُقسَمُ؛ لأن من حَضَر من الوَرَثة يَنتصِبُ خصمًا عن الميْت وعن سائِر الوَرَثةِ، والْمُوصَى له عن نَفسه.

---

(١) في (هـ): صحت.

فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم

ولو انتَفَع كلٌّ بحظِّه: قَسَم بطلَب أحَدِهم.

وإذا كان كلُّ واحِدٍ من الشُّرَكاء يَنتفِعُ بنَصيبه: قَسَم بطلَب أحَدِهم؛ لأن في القِسمة تكميلَ الْمَنفعةِ، فكانت حقًّا لازِمًا فيما يَحتمِلُها إذا طَلَب أحَدُهم.

وإن انتَفَع البعضُ، وتَضرَّر البعضُ لقِلّة حظِّه: قَسَم بطلَب ذِي الكَثيرِ فقط.

وإن كان يَنتفِعُ أحَدُهم بنَصيبه إذا قُسِم، ويَتضرَّرُ به الآخرُ لقِلّة نَصيبِه.. فإن طَلَب صاحِبُ الكَثيرِ: قَسَم، وإن طَلَب صاحِبُ القَليلِ: لم يَقسِم، كذا ذَكَر الخصّافُ؛ وهذا لأن الأوَّلَ يَطلُبُ من القاضِي أن يَخُصَّه بالانتِفاع بِملكه، ويَمنَعَ غيرَه من الانتِفاع بِملكه، وهذا منه طلَبُ الإنصافِ لا التَّعنُّتِ، فعلى القاضِي أن يُجيبَه إلى ذلك.

ولا يُعتبَرُ تَضرُّرُ الآخرِ؛ لأنه يُريدُ أن يَنتفِعَ بمِلك شَريكِه، وله أن يَمنَعَ غيرَه من الانتِفاع بمِلكه، وأما الثّاني: فمُتعنِّتٌ في طَلَب القِسمةِ، والقاضِي يُجيبُ الْمُتعنِّتَ بالرَّدّ، وتَعذُّر الانتِفاعُ بنَصيبه لقِلّة نَصيبِه لا لِمَعنًى من جِهة صاحِبِ الأكثَرِ.

وذَكَر الخصّافُ[1] على عَكس هذا؛ لأن صاحِبَ الكَثيرِ يَطلُبُ الإضرارَ بغَيره، والآخرُ راضٍ بضَرَر نفسِه.

---

(١) في (ب) و(ج) و(د): الجصاص. وهي كذلك في «التبيين» ٥/ ٢٦٩، لكن يخالفها الموضع الآتي، وفيه (الخصاف) باتفاق الأصول كلها.

وذَكَر الحاكِمُ في «مُختصَره»: أن أيَّهما طَلَب القِسمةَ يَقسِمُ القاضِي؛ لأن صاحِبَ القَليلِ رَضِي بالضَّرر حينَ طَلَب القِسمةَ، وصاحِبَ الكَثيرِ مُنتفِعٌ بالقِسمة.

وما ذَكَره الخصّافُ أصحُّ؛ لأن رِضاه بالتِزام الضَّرر لا يَلزَمُ القاضِيَ شرعًا، وإنما الْمُلزِمُ طلَبُه من القاضِي وإيصالُه إلى مَنفَعة مِلكِه، وذا لا يُوجَدُ عندَ طلَبِ صاحِبِ القَليلِ.

وإن تَضرَّروا: لم يُقسَم إلا برِضاهم.

وإن كان كلُّ واحِدٍ يَتضرَّرُ لصِغَره: لم يَقسِم إلا برِضاهم؛ لأن الجبرَ على القِسمة لتكميل الْمَنفَعةِ، وفي هذا تَفويتُها، فيَعودُ على مَوضوعه بالنَّقض.

ويَجوزُ بالتَّراضِي؛ لأن الحقَّ لهم، وهم أعرَفُ بشَأنهم، أما القاضِي: فيَعتمِدُ الظّاهرَ.

وتُقسَمُ العُروضُ من جِنسٍ واحِدٍ، لا الجِنسان.

ويَقسِمُ العُروضَ إذا كانت من جِنسٍ واحِدٍ؛ لأن اعتِبارَ الْمُعادَلةِ في الْمَنفَعة والماليّةِ عندَ اتِّحادِ الجِنسِ مُمكِنٌ؛ للتَّقارُب في الْمَقصود، فتَقَعُ القِسمةُ تَمييزًا.

ولا يَقسِمُ الجِنسَين بعضَها في بعضٍ؛ لأنه لا اختِلاطَ بينَ الجِنسَين، فلا تَقَعُ القِسمةُ تَمييزًا، بل تَقَعُ مُعاوَضةً، فيَعتمِدُ التَّراضيَ دونَ الجبرِ؛ لأن وِلايةَ الإجبارِ للقاضِي تَثبُتُ لِمَعنى التَّمييز.

ويَقسِمُ القاضِي كلَّ مَوزونٍ ومَكيلٍ كَثير أو قَليلٍ، والْمَعدودَ الْمُتقارِبَ، وتِبرَ الذَّهَبِ والفِضّةِ، وتِبرَ الحَديدِ والنُّحاسِ، والإبِلَ بانفِرادها أو البقرَ أو الغنَمَ.

ولا يَقسِمُ شاةً وبَعيرًا وبِرذَونًا وحِمارًا.

ولا يَقسِمُ الأواني؛ لأن الصَّنعةَ صَيَّرتها كالأجناس المُختلِفةِ.

ويَقسِمُ الثِّيابَ الهَرويّةَ؛ لأن الجِنسَ مُتَّحِدٌ، والمَطلوبَ من الكلِّ واحِدٌ، فأمكن تَحقيقُ مَعنى القِسمةِ.

ولا يَقسِمُ ثوبًا واحِدًا؛ لأن القِسمةَ لا تَتحقَّقُ إلا بالقَطعِ، وفيه إضرارٌ بالمُتقاسِمِين.

ولا ثَوبَين إذا اختَلَفت قِيمتُهما؛ لأنه لا يُمكِنُ التَّعديلُ إلا بزِيادة دَراهِمَ مع الأوكَسِ، ولا يَجوزُ إدخالُ الدَّراهِمِ في القِسمة جبرًا؛ لأن القِسمةَ حقٌّ في المِلك المُشترَكِ، والشِّرْكةُ بينَهما في الثِّياب، فلو أدخَل في القِسمة الدَّراهِمَ لَقَسَم ما ليس بمُشترَكٍ، وهذا لا يَصِحُّ.

بخِلاف ثَلاثةِ أثوابٍ إذا جُعِل ثَوبٌ بثَوبَين، أو ثَوبٌ ورُبُعُ ثَوبٍ بثَوبٍ وثَلاثةِ أرباعِ ثَوبٍ، بأن تكونَ قِيمةُ أحدِ الأثوابِ دِينارًا، وقِيمةُ الآخرِ دِينارًا ورُبُعَ دِينارٍ، وقِيمةُ الآخرِ دِينارًا وثَلاثةَ أرباعِ دِينارٍ، فيأخُذُ أحَدُهما ثوبًا قِيمتُه دِينارٌ ورُبُعُ دِينارٍ، والآخرُ ثوبًا قِيمتُه دِينارٌ وثَلاثةُ أرباعِ دِينارٍ، فيَبقى الثَّوبُ الذي قِيمتُه دِينارٌ مُشترَكًا بينَهما، رُبُعُه للذي أخذ الثَّوبَ الذي قِيمتُه دِينارٌ، وثَلاثةُ أرباعِ دِينارٍ وثَلاثةُ أرباعِه للآخَر.

وهذا لأنه يَصيرُ قِسمةَ[1] بعضِ المُشترَكِ دونَ البعضِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما يَنفرِدُ بثَوبٍ، وتَبقى الشِّرْكةُ في ثَوبٍ، وذلك جائزٌ إذا لم[2] يُمكِن غيرُه، مِثلَ أن يَقسِمَ الصَّنعةَ ويَترُكَ التِّبرَ على الشِّركة، وهو قِسمةُ بعضِ المِلكِ دونَ البعضِ

والرَّقيقُ(س م)، والجَواهِرُ، والحمّامُ، والبِئرُ، والرَّحى.. إلا برِضاهم.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَقسِمَ الرَّقيقَ والجَواهرَ؛ لتَفاوُتهما.. إلا بالتَّراضِي.

---

(١) في (ب): قيمة.

(٢) في (د): إذ لا.

وقالا: يَقسِمُ الرَّقيقَ؛ لاتِّحاد الجِنسِ، وإنما التَّفاوُتُ في القِيمة، وذا[1] لا يَمنَعُ صِحّةَ القِسمةِ، كما في الإبلِ والغنَمِ، ولهذا يَقسِمُ الرَّقيقَ في الغَنيمة، كسائِر الأموالِ، فكذا في القِسمة بينَ الشُّرَكاءِ.

وله: أن التَّفاوُتَ في الرَّقيق فاحِشٌ باختِلاف الأغراضِ والْمَقاصِدِ والْمَعانِي الباطِنةِ، كالذِّهن والكِياسةِ، فيَتعذَّرُ اعتِبارُ الْمُعادَلةِ في القِسمة، فيَلتحِقُ بالأَجناس الْمُختلِفةِ، بخِلاف سائِرِ الحيَوانِ؛ لقِلّة التَّفاوُتِ ثَمَّ عندَ اتِّحادِ الجِنسِ.

والدَّليلُ على الفَرق بينَ الرَّقيقِ وسائِرِ الحيَوانِ: أن الذَّكَرَ والأُنثى في سائِر الحيَوانِ جِنسٌ واحِدٌ، وفي الرَّقيق جِنسان، حتى إذا اشتَرى شخصًا على أنه عبدٌ، فإذا هو أمةٌ: لم يَجُز الشِّراءُ، بخِلاف سائِرِ الحيَوانِ.

بخِلاف قِسمةِ الغَنائمِ؛ فإنها تَجري في الأَجناس الْمُختلِفةِ؛ وهذا لأن حقَّ الغانِمين في الماليّة دونَ العَينِ، حتى كان للإمام بيعُ الْمَغانِمِ وقِسمةُ الثَّمَنِ، فإنما[2] يُعتبَرُ إيصالُ مِقدارٍ من الماليّة إلى كلِّ واحِدٍ منهم.

فأما في شِرْكة الْمِلكِ: فحقُّ الشُّرَكاءِ في العَين والماليّةِ، فللإمام حقُّ التَّميزِ بالقِسمة على طَريق الْمُعادَلةِ، وليس له وِلايةُ الْمُعاوَضةِ، فإذا تَعذَّر اعتِبارُ الْمُعادَلةِ هنا بطَريق التَّميزِ لا يَثبُتُ للقاضِي وِلايةُ الإجبارِ على القِسمة.

وأما الجَواهِرُ: فقد قِيل: إذا اختَلَف الجِنسُ، كاللَّآلئ واليَواقيتِ: لا يَقسِمُ؛ لأنه لَمّا اختَلَف الجِنسُ لا يَتحقَّقُ مَعنى القِسمةِ، وهو تكميلُ الْمَنفَعةِ.

وقِيل: لا يَقسِمُ الكِبارَ منها؛ لفُحش التَّفاوُتِ، ويَقسِمُ الصِّغارَ؛ لقِلّة التَّفاوُتِ.

---

(١) في (هـ): وقالا.

(٢) في (ج): وإنما، وفي (د) و(هـ): فإنها. وانظر «المبسوط» ١٥/ ٣٧.

وقِيل: الجَوابُ مُجرًى على إِطلاقه؛ لأن جَهالةَ الجَواهرِ أفحَشُ من جَهالة الرَّقيقِ، ولهذا لو تزَوَّج على لُؤلُؤةٍ أو ياقُوتةٍ، أو خالَع عليها: لا تَصِحُّ التَّسميةُ، ولو تزوَّج أو خالَع على عبدٍ: تَصِحُّ، فأَولى أن لا يُجبرَ على القِسمة.

ولا يُقسَمُ حمّامٌ ولا بِئرٌ ولا رَحًى إلا بتَراضِي الشُّرَكاءِ، وكذا الحائِطُ بينَ الدّارَين؛ لأن القِسمةَ لتكميل الْمَنفَعةِ، فإذا لم يَبقَ كلُّ نَصيبٍ مُنتفَعًا به انتِفاعًا مَقصودًا لا يَتحقَّقُ مَعنى القِسمةِ، فلا يَقسِمُ القاضِي، بخِلاف التَّراضِي؛ لالتِزامهم الضَّرَرَ.

دُورٌ مُشتركةٌ(س م)، أو دارٌ وضَيعةٌ، أو حانُوتٌ: قُسِم كلٌّ على حِدَةٍ.

دُورٌ مُشتركةٌ في مِصرٍ واحِدٍ: قُسِم كلُّ دارٍ على حِدَةٍ بينَهم، ولم يُجمَع نَصيبُ أحَدِهم في دارٍ إلا أن يَتراضَوا على ذلك.

وقالا: الرَّأيُ في ذلك إلى القاضِي، فإن رَأى أن الأصلَحَ قِسمةُ بعضِها في بعضٍ قَسَمها.

وعلى هذا الخِلافِ: الأقرِحةُ الْمُتفرِّقةُ[1] الْمُشتركةُ.

لهما: أن الدُّورَ جِنسٌ واحِدٌ نظَرًا إلى اتِّحاد الاسمِ والصُّورةِ، وأصلُ السُّكنى أجناسٌ نظَرًا إلى اختِلاف الأغراضِ وتَفاوُتِ مَنفَعةِ السُّكنى باختِلاف الْمَحالِّ، فكان التَّرجيحُ مُفوَّضًا إلى رَأي القاضِي، فإن مال إلى الأوَّل قَسَم، كما في الغَنَم والثِّيابِ الهَرَويّةِ، وإن مال إلى الثّانِي لا يَقسِمُ.

وله: أن الدُّورَ أجناسٌ مُختلِفةٌ؛ لاختِلاف الْمَقاصِدِ باختِلاف الْمَحالِّ والجِيرانِ، والقُربِ إلى الْمَسجِد والماءِ، والقُربِ إلى السُّوق، والبُعدِ عن السُّور[2]، والأراضِي

(١) في (ب): الأراضي الخالصة.

(٢) في (ج): السوق.

الْمُتفرِّقةُ تَتفاوَتُ فيما هو الْمَقصودُ منها من الغَلّة والصَّلاحِيَةِ للرَّطْبة والكَرْمِ وغيرِ ذلك، بمَنزِلة تَفاوُتِ الدُّورِ.

والأجناسُ الْمُختلِفةُ لا تُقسَمُ قِسمةً واحِدةً إلا بتَراضِي الشُّرَكاءِ؛ لأنها لتكميل الْمَنفَعةِ، وذا إنما يَكونُ عندَ اتِّحادِ الجِنسِ، فأما إذا اختَلَف الجِنسُ: فقطعُ حقِّ البعضِ عن إِحدى الدّارَين لا يَكونُ تكميلًا للمَنفَعة، بل يَكونُ تَفويتًا لها، ولهذا لو تَزوَّج امرَأةً على دارٍ لم تَصِحَّ التَّسميةُ، كما لو تَزوَّجها على ثَوبٍ.

ولو وَكَّل رَجُلًا بشِراء دارٍ لم يَصِحَّ التَّوكيلُ، كما لو وَكلَّه بشِراء ثَوبٍ، بخِلاف الدّارِ الواحِدةِ إذا اختَلَفت بُيوتُها؛ لأن قِسمةَ كلِّ بيتٍ على حِدَةٍ تُخِلُّ بمَنافِعِ البُيوتِ، فتَختلُّ مَنافِعُ الدّارِ، فلا يَحصُلُ مَعنى القِسمةِ.

والدّاران إذا كانا في مِصرَين لا يَجتمِعان[1] في القِسمة عندَهما، كما هو مَذهَبُه، كذا رَوى هِلالٌ عنهما، وعن محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يَقسِمُ إِحداهما في الأُخرى.

ثم هي ثَلاثةُ فُصولٍ عندَه: الدُّورُ، والبُيوتُ، والْمَنازِلُ..

فالدُّورُ: لا تُقسَمُ عندَه قِسمةً واحِدةً إلا بِرِضا الشُّرَكاءِ، سَواءٌ كانت مُتبايِنةً أو مُتلازِقةً.

والبُيوتُ: تُقسَمُ قِسمةً واحِدةً، سَواءٌ كانت مُتبايِنةً أو مُتلازِقةً؛ لأنها تَتقارَبُ[2] في مَعنى السُّكنى، ولهذا تُؤجَرُ بأُجرةٍ واحِدةٍ في كلِّ محَلّةٍ.

والْمَنازِلُ الْمُتلازِقةُ: كالبُيوت: تُقسَمُ قِسمةً واحِدةً، **والْمُتبايِنةُ:** كالدُّور لا تُقسَمُ

---

(١) في (ب) و(ج) و(د): يجمعان.

(٢) في (ب): لأنه يتفاوت، وفي (ج): لأنها لا تتفاوت، وفي (د): لأنه يتقارب، وفي (هـ) و(ز): لأنها تتفاوت.

قِسمةً واحِدةً؛ لأن الْمَنزِلَ فوقَ البيتِ ودونَ[1] الدّارِ، فأُلحِقت الْمَنازِلُ بالبُيوت إذا كانت مُتلازِقةً، وبالدُّور إذا كانت مُتبايِنةً.

وقالا في الفُصول كلِّها: يَنظُرُ القاضِي إلى أعدَلِ الوُجوهِ، فيُمضي القِسمةَ على ذلك.

وإن كانت دارًا، أو ضَيعةً، أو دارًا وحانُوتًا: قَسَم كلَّ واحِدةٍ على حِدَةٍ بالإجماع؛ لاختِلاف الجِنسِ، فهذا دَليلٌ على أن الدّارَ والحانُوتَ جِنسان.

وذَكَر في إجارات «الأصلِ»: أن إجارةَ مَنافِعِ الدّارِ بالحانُوت لا تَجوزُ، وهذا دَليلٌ على أنهما جِنسٌ واحِدٌ.

فقِيل: في الْمَسألة رِوايتان، وقِيل: هما مُختلِفان جِنسًا رِوايةً واحِدةً، والفَسادُ ثَمَّ لشُبهة الْمُجانَسةِ باعتِبار اتِّحادِ مَنفَعتَيهما، وهو السُّكنى، كذا ذَكَره في «الهِداية».

وهو مُشكِلٌ؛ لأنه يُؤدِّي إلى اعتِبار شُبهةِ الشُّبهةِ، والشُّبهةُ هي الْمُعتبَرةُ دونَ النّازِلِ عنها.

وقال[2] شمسُ الأئِمّةِ الحَلْوانيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إما أن يَكونَ في الْمَسألة رِوايتان، أو يَكونَ من مُشكِلات هذا الكِتابِ.

---

(١) في (ز): وفوق.

(٢) في (أ) و(ز): وقد قال.

فصل كيفية القسمة

ويُصوِّرُ[1] القاسِمُ ما يَقسِمُه، ويُعدِّلُه[2]، ويَذْرَعُ، ويُقوِّمُ البِناءَ.

ويَنبَغي للقاسِم أن يُصوِّرَ ما يَقسِمُه على قِرطاسٍ؛ ليُمكِنَه حِفظُه، ويُعدِّلَه، أي: يُسوِّيَه على سِهام القِسمةِ.

ويُروى: (ويَعزِلَه)، أي يَقطَعَه بالقِسمة عن غَيره، ويَذرَعَه؛ ليَعرِفَ قَدْرَه.

ويُقوِّمَ البِناءَ، فربما يَحتاجُ إليه في الآخِرة[3].

ويَفرِزُ كلَّ حظٍّ بطَريقه وشِربِه.

ويَفرِزَ كلَّ نَصيبٍ عن الباقِي بطَريقه[4] وشِرْبِه؛ حتى لا يَكونَ لنَصيب بعضِهم بنَصيب الآخِرِ تَعلُّقٌ، فيَتحقَّقَ مَعنى التَّمييزِ والإفرازِ على الكَمال.

ويُلقِّبُ الأنصِباءَ بالأوَّل والثّانِي والثّالثِ، ويَكتُبُ أسامِيَهم، ويُقرِعُ، فمن خَرَج اسمُه أوّلًا فله السَّهمُ الأوَّلُ، ثُم وثُم.

ويُلقِّبُ نَصيبًا بالأوَّل، والذي يَلِيه بالثّانِي والثّالثِ على هذا.

---

(١) التصوير: رسم الأشكال. «لغة الفقهاء» ص١٣٣.

(٢) التعديل: التسوية والتقويم. «لغة الفقهاء» ص١٣٥.

(٣) في (أ) و(هـ): الأجرة.

(٤) في (هـ): بطرقه.

ثم يَكتُبُ أسامِيَهم ويُخرِجُ القُرعةَ، فمن خَرَج اسمُه أوَّلًا فله السَّهمُ الأوَّلُ، ومن خَرَج ثانِيًا فله السَّهمُ الثّانِي.

والأصلُ: أن يَنظُرَ في ذلك إلى أقَلِّ الأنصِباءِ، حتى إذا كان الأقَلُّ ثُلُثًا جعَلها أثلاثًا، وإن كان سُدُسًا جعَلها أسداسًا؛ لتُمكِنَ القِسمةُ.

وشرحُ ذلك: أرضٌ بينَ جَماعةٍ مُشتركةٌ، لأحَدهم عشَرةُ أسهُمٍ، ولآخرَ خمسةٌ، ولآخرَ سهمٌ، فأرادوا قِسمتَها: قُسِمت على قَدْر سِهامِهم: عشَرةٌ، وخَمسةٌ وواحِدٌ.

وكَيفيّةُ ذلك: أن يَجعَلَ الأرضَ على عَدَد سِهامِهم بعدَ أن سُوِّيت وعُدِّلت، ثم يَجعَلَ بَنادِقَ سَهامِهم على عَدَد سِهامِهم ويُقرِعَ بينَهم، فأوَّلُ بُندُقةٍ تَخرُجُ تُوضَعُ على طَرَف سهمٍ[1] من أَطراف السِّهامِ، وهو أوَّلُ السِّهامِ.

ثم يَنظُرُ إلى البُندُقة لمن هي، فإن كانت لصاحِب العشَرةِ أَعطاه ذلك السَّهمَ وتِسعةَ أسهُمٍ مُتَّصِلةً بالسَّهم الذي وُضِعت البُندُقةُ عليه؛ لتكونَ سِهامُ صاحِبِها على الاتِّصال، ثم يُقرِعُ بينَ البقِيّةِ[2] كذلك، فأوَّلُ بُندُقةٍ تَخرُجُ تُوضَعُ على طرَفٍ من أَطراف السِّتّةِ الباقِيةِ.

ثم يَنظُرُ إلى البُندُقة لمن هي، فإن كانت لصاحِب الخَمسةِ أَعطاه القاضِي ذلك السَّهمَ وأربَعةَ أسهُمٍ مُتَّصِلةً بذلك السَّهمِ، ويَبقى السَّهمُ الواحِدُ لصاحِبه، وإن كانت البُندُقةُ لصاحِب الواحِدِ كان له الطَّرَفُ الذي وُضِعت عليه البُندُقةُ، وتكونُ الخَمسةُ الباقيةُ لصاحِب الخَمسةِ.

وتَفسيرُ البُندُقةِ: أن يَكتُبَ القاضِي أسماءَ الشُّركاءِ في بِطاقاتٍ، ثم يَطوِيَ كلَّ بِطاقةٍ

---

(١) مثبتة من (ز).

(٢) في نسخة على حاشية (أ): الستة.

بعَينها، ويَجعَلَها في قِطعةٍ من طِينٍ، ثم يَدلُكَها بينَ كَفَّيه حتى تَصيرَ مُستديرةً فتكونَ شِبهَ البُندُقةِ، كذا في «الذَّخيرة البُرهانيّةِ» و«الفَتاوى الظَّهيريّةِ».

وقولُه: (ويَفرِزَ كلَّ نَصيبٍ بطَريقه وشِرْبِه): بَيانُ الأفضَلِ، فإن لم يَفعَل أو لم يكن: جاز.

فإن قِيل: في الإقراع تَعليقُ الاستِحقاقِ بخُروج القُرعةِ، فيَكونُ في مَعنى القِمارِ، وإنه حَرامٌ.

قُلنا: ليس هذا في مَعنى القِمارِ، ففي القِمار أصلُ الاستِحقاقِ يَتعلَّقُ بما يُستعمَلُ فيه، وهنا أصلُ الاستِحقاقِ لكلِّ واحِدٍ منهم لا يَتعلَّقُ بخُروج القُرعةِ، حتى لو عَيَّن القاسِمُ لكلِّ واحِدٍ منهم نَصيبًا من غَير إقراعٍ: جاز؛ لأنه في مَعنى القَضاءِ، فمَلَك الإلزامَ، إلا أنه ربما يُتَّهَمُ في ذلك، فيَستعمِلُ القُرعةَ لتَطييب قُلوبِ الشُّرَكاءِ، وإزاحةِ تُهمةِ الميلِ عن نَفسه، وذلك جائزٌ.

ألا تَرى أن يُونُسَ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ استَعمَل القُرعةَ في مِثل هذا مع أصحابِ السَّفينةِ، كما قال اللهُ تَعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ﴾ [الصَّافَّات: ١٤١]؛ وهذا لأنه عالِمٌ أنه هو المَقصودُ، ولكن لو أَلقَى نفسَه في الماء ربما يُنسَبُ إلى ما لا يَليقُ بالأنبِياء، فاستَعمَل القُرعةَ لذلك.

وكذا زَكريّا عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ استَعمَل القُرعةَ مع الأحبارِ في ضمِّ مَريمَ إلى نَفسه، وقد كان عَلِم أنه أحقُّ بها منهم؛ لأن خالتَها كانت عندَه، ولكنه استَعمَل القُرعةَ تَطييبًا لقُلوبهم، قال اللهُ تَعالى: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَـٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عِمرَان: ٤٤].

وكان رَسولُ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا سافَر أقرَع بينَ نِسائِه[١]، مع أنه لا حقَّ لهنَّ في

(١) رواه البخاري (٢٥٩٣)، ومسلم (٢٧٧٠).

القَسْم حالةَ السَّفرِ: تَطييبًا لقلوبهنّ.

ولا تدخُلُ الدَّراهِمُ في القِسمة إلا برِضاهم.

ولا تَدخُلُ الدَّراهِمُ في القِسمة إلا برِضاهم.

وصُورتُه: دارٌ بينَ جَماعةٍ، فأَرادوا قِسمتَها، وفي أَحَد الجانِبَين فضلُ بِناءٍ، فأَراد أحدُ الشُّرَكاءِ أن يَكونَ عِوَضَ البناءِ دَراهِمُ، وأراد الآخرُ أن يَكونَ عِوَضُه من الأَرض، فإنه يُجعَلُ عِوَضُ البِناءِ من الأَرض.

ولا يُكلَّفُ الذي وَقَع البِناءُ في نَصيبه أن يَرُدَّ بإزاء البِناءِ من الدَّراهِم، إلا إذا تَعذَّر، فحينَئذٍ للقاضِي ذلك؛ لأن القِسمةَ من حُقوق الْمِلكِ الْمُشترَكِ، والشِّرْكةُ بينَهم في الدّار لا في الدَّراهِم، فلا يَجوزُ قِسمةُ ما ليس بمُشترَكٍ.

ولأن أحَدَهما يَصِلُ إلى عَين الدّارِ ودَراهِمُ الآخرِ في ذِمّته، وربما يَتوى ذلك عليه.

وإذا كان أرضٌ وبِناءٌ.. فعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يُقسَمُ كلُّ ذلك باعتِبار القِيمةِ؛ لأنه لا يُمكِنُ اعتِبارُ الْمُعادَلةِ إلا بالتَّقويم؛ لأن تَعديلَ البِناءِ لا يُمكِنُ بالْمِساحة، فيُحتاجُ إلى التَّقويم ضَرورةً.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه تُقسَمُ الأرضُ بالْمِساحة؛ إذ هي الأصلُ في الْمَمسوحات، ثم يَرُدُّ من وَقَع البِناءُ في نَصيبه أو مَن كان نَصيبُه أجودَ دَراهِمَ على الآخر حتى يُساوِيَه، فتَدخُلُ الدَّراهِمُ في القِسمة ضَرورةً، كالأَخ ليس له وِلايةُ التَّصرُّفِ في المال، ثم له وِلايةُ التَّسميةِ في الصَّداق ضَرورةَ ثُبوتِ الوِلايةِ في التَّزويج.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يَرُدُّ على شَريكه بمُقابَلة البِناءِ ما يُساوِيه من العَرْصة، وإذا بَقِي فضلٌ ويَتعذَّرُ تَحقيقُ التَّسويةِ، بأن لا تَفِي العَرْصةُ بقِيمة البِناءِ: فحينَئذٍ يَرُدُّ الفضلَ

دَراهِمَ؛ لأن الضَّرورةَ في هذا القَدْرِ، فلا يُترَكُ الأصلُ -وهو الْمِساحةُ- إلا بقَدْرِها.

قَسَم ولأَحَدهم مَسيلٌ أو طَريقٌ في مِلك الآخَرِ لم يُشترَط في القِسمة: صُرِف عنه إن أمكَن، وإلا فُسِخت.

فإن قُسِم بينَهم ولأَحَدهم مَسيلٌ أو طَريقٌ في مِلك الآخرِ لم يُشترَط في القِسمة..

فإن أمكَن صرفُ الطَّريقِ والْمَسيلِ عنه: ليس له أن يَستطرِقَ ويُسِيلَ في نَصيب الآخرِ؛ لإمكان تَحقيقِ مَعنى القِسمةِ -وهو قطعُ الشِّرْكةِ وتكميلُ الْمَنفَعةِ- بلا ضَرورةٍ.

وإن لم يُمكِن: فُسِخت القِسمةُ؛ لأن الْمَقصودَ -وهو ما ذَكَرنا- لم يَحصُل، فتُفسَخُ، وتُستأنَفُ على وجهٍ يُمكِنُ لكلِّ واحِدٍ منهما أن يَجعَلَ لنَفسه مَسِيلًا وطَريقًا.

وحاصِلُه: أنه إن أمكَن صرفُ الطَّريقِ والْمَسيلِ فلا يَخلو من أنْ يكون ذَكَر الحُقوقَ أو لم يَذكُر، فإن لم يَذكُر الحُقوقَ أو ذَكَر الحُقوقَ: لا تَدخُلُ الحُقوقُ، ولا تُفسَخُ القِسمةُ.

وإن لم يُمكِن.. فإن ذَكَر الحُقوقَ: تَدخُلُ الحُقوقُ، ولا تُفسَخُ القِسمةُ، وإن لم يَذكُر الحُقوقَ: لا تَدخُلُ الحُقوقُ، وتُفسَخُ القِسمةُ.

وصُورتُه: دارٌ بينَ رَجُلَين وفيها صُفّةٌ فيها بيتٌ، وبابُ البيتِ في الصُّفّة، ومَسيلُ ماءِ ظَهرِ البيتِ على ظَهر الصُّفّةِ، فاقتَسَما، وأَصاب الصُّفّةَ أَحَدُهما وقِطعةً من السّاحة، وأصاب البيتَ أَحَدُهما وقِطعةً من السّاحة، ولم يَذكُروا طَريقًا ولا مَسيلَ ماءٍ، وصاحِبُ البيتِ يَقدِرُ أن يَفتَحَ بابَه فيما أَصابه من السّاحة ويُسِيلَ ماءَه في ذلك، فأَراد أن يَمُرَّ في الصُّفّة على حاله ويُسِيلَ ماءَه على ما كان: فليس له ذلك، سَواءٌ شَرَط كلُّ واحِدٍ منهما أن له ما أَصابه بكلِّ حقٍّ له أو لم يَشرِط ذلك.

بخِلاف البيعِ؛ فإنه لو باع البيتَ وذَكَر في البَيع الحُقوقَ والْمَرافِقَ: دَخَل الطَّريقُ ومَسيلُ الماءِ، وإن لم يَذكُر الحُقوقَ والْمَرافِقَ: لم يَدخُل.

والفرقُ: أن الْمَقصودَ بالبَيع إيجابُ الْمِلكِ، وقصدُ الْمُشتَري أن يَتمكَّنَ من الانتِفاع، وذا إنما يَتِمُّ بالطَّريق والْمَسيل، إلا أن ذلك خارِجٌ من الْمَحدود، فلا يَدخُل في البَيع بمُطلَق تَسميةِ البيتِ إلا بذِكر الحُقوقِ والْمَرافِقِ.

فأما الْمَقصودُ بالقِسمة: فتَميزُ أحدِ الْمِلكَين من الآخَر، وأن يَختصَّ كلُّ واحِدٍ منهما من الانتِفاع بنَصيبه على وجهٍ لا يُشارِكُه الآخرُ فيه، وإنما يَتِمُّ هذا الْمَقصودُ إذا لم يَدخُل الطَّريقُ والْمَسيلُ؛ ليَتميَّزَ نَصيبُ أحَدِهما من الآخَر من كلِّ وجهٍ، فلهذا لا يَدخُلان بذِكر الحُقوقِ والْمَرافِقِ.

ولو لم يكن له مَفتَحٌ للطَّريق ولا مَسيلٌ.. فإن كانا ذَكَرا في القِسمة أن لكلِّ واحِدٍ منهما ما أَصابه بكلِّ حقٍّ هو له: جازت القِسمةُ، وكان طَريقُه في الصُّفّة ومَسيلِ مائِه على سَطحه كما كان قبلَ القِسمةِ، وإن لم يَذكُرا الحُقوقَ والْمَرافِقَ فالقِسمةُ فاسِدةٌ.

بخِلاف البيعِ؛ فإنه يَكونُ صَحيحًا وإن لم يَذكُرا الحُقوقَ والْمَرافِقَ؛ لأن الْمَقصودَ بالبَيع مِلكُ العَينِ، وهذا الْمَقصودُ يَتِمُّ للمُشتَري، وإن تَعذَّر عليه الانتِفاعُ بعَدَم[1] الطَّريقِ والْمَسيلِ له، كمن اشتَرى مُهرًا صَغيرًا أو أرضًا سَبْخةً، فإنه يَجوزُ وإن كان لا يَنتفِعُ بالْمُشتَرَى، فأما في القِسمة: فالْمَقصودُ إيصالُ كلِّ واحِدٍ منهما إلى الانتِفاع بنَصيبه.

فإذا لم يكن له مَفتَحٌ إلى الطَّريق ولا مَسيلُ ماءٍ: فهذه قِسمةٌ وَقَعت على الضَّرر[2]،

---

(١) في (ج) و(هـ) و(ز): لعدم.

(٢) في نسخة على حاشية (ج): الضرورة.

فلا يَجوزُ إلا أن يَذكُرَ الحُقوقَ والْمَرافِقَ، فيُستدَلُّ[1] به على أنهما قَصَدا إدخالَ الطَّريقِ والْمَسيلِ لتَصحيحِ القِسمةِ؛ لعِلمهما أن القِسمةَ لا تَصِحُّ[2] بدُونهما في هذا الْمَوضِعِ، بخِلاف ما سَبَق.

وهذا لأن الْمُعتبَرَ في القِسمة الْمُعادَلةُ في الْمَنفَعة، فإذا لم يكن له طَريقٌ ولا مَسيلُ ماءٍ: لا يَحصُلُ مَعنى الْمُعادَلةِ في الْمَنفَعة، فلا تَصِحُّ القِسمةُ، كما لو استأجَر مُهرًا صَغيرًا أو أرضًا سَبْخةً لا تَصلُحُ للزِّراعة، حيث لم يَجُزْ؛ لفَوات ما هو الْمَقصودُ، وهو الْمَنفَعةُ.

فإن قِيل: فعلى هذا: يَنبَغي أن يَدخُلَ الطَّريقُ والْمَسيلُ وإن لم تُذكَر الحُقوقُ والْمَرافِقُ؛ لتَصحيح القِسمةِ، كما لو استأجَر رَجُلٌ أرضًا: دَخَل الشِّربُ والطَّريقُ وإن لم تُذكَر الحُقوقُ والْمَرافِقُ؛ لتَحصيل الْمَنفَعةِ.

قُلنا: هناك مَوضِعُ الشِّربِ والطَّريقِ ليس مما تَناوَلَه الإجارةُ، ولكنه وَسيلةٌ إلى الانتِفاع بالْمُستأجَر، والأجرُ إنما يَجِبُ إذا تَمكَّن الْمُستأجِرُ من الانتِفاع، ففي إدخال الشِّربِ والطَّريقِ تَوفيرُ الْمَنفَعةِ عليهما.

فأما هنا: فمَوضِعُ الطَّريقِ والْمَسيلِ داخِلٌ في القِسمة، ومُوجَبُ القِسمةِ اختِصاصُ كلِّ واحِدٍ منهما بما هو نَصيبُه، فلو أثبَتنا لأحَدهما حقًّا في نَصيب الآخرِ لتَضرَّر به الآخرُ، ولا يَجوزُ إلحاقُ الضَّرَرِ به بدُون رِضاه، ودَليلُ الرِّضا اشتِراطُ الحُقوقِ والْمَرافِقِ، فلهذا لا يَدخُلان بلا ذِكر الحُقوقِ.

وذَكَر الحاكِمُ الشَّهيدُ في «الْمُختصَر»: أنهما يَدخُلان من غَير ذِكرٍ، فعلى هذا: لا يُحتاجُ إلى الفَرق.

---

(١) في (ب) و(د): فليستدل.

(٢) في (ز): لا تقع.

ولو اختَلَفوا في رَفع الطَّريقِ بينَهم في القِسمة، فقال بعضُ الشُّرَكاءِ: (نَرفَعُ طَريقًا بينَنا)، وقال بعضُهم: (لا نَرفَعُ): نَظَر الحاكِمُ فيه، فإن كان يَستقيمُ لكلِّ واحِدٍ منهم طَريقٌ يَفتَحُه في نَصيبه: قَسَمه بينَهم بغَير طَريقٍ يُرفَعُ لجَماعتهم؛ لتَحقُّق الإفرازِ بالكُلِّيَّة، وهو الْمَقصودُ، وإن كان لا يَستقيمُ ذلك: رَفَع طَريقًا بينَ جَماعتِهم؛ ليَتحقَّقَ تَكميلُ الْمَنفَعةِ فيما وراءَ الطَّريقِ.

ولو اختَلَفوا في مِقدار الطَّريقِ، أي في سَعته وضيقِه: جُعِل الطَّريقُ بينَهم على عَرض بابِ الدّارِ وطولِه؛ لأن بابَ الدّارِ طَريقٌ مُتَّفَقٌ عليه، والْمُختلَفُ فيه يُرَدُّ إلى الْمُتَّفَق عليه، ولأنه إذا اكتُفِي بذلك في الْمَدخَل فكذا في السُّلوك.

والطَّريقُ على سِهامهم كما كان قبلَ القِسمةِ؛ لأن القِسمةَ في غَير الطَّريقِ لا فيه.

ولو شَرَطوا أن يَكونَ الطَّريقُ بينَهما[1] أثلاثًا: جاز، وإن كان أصلُ الدّارِ نِصفَين؛ لجَواز القِسمةِ بالتَّراضِي على التَّفاضُل.

سُفلٌ له عُلْوٌ، وسُفلٌ مُجرَّدٌ، وعُلْوٌ مُجرَّدٌ: قُوِّم كلٌّ، وقُسِم بها(ح س).

سُفلٌ له عُلْوٌ، وسُفلٌ مُجرَّدٌ لا عُلْوَ له، وعُلْوٌ مُجرَّدٌ لا سُفلَ له: قُوِّم كلُّ واحِدٍ على حِدَةٍ، وقُسِم بالقِيمة.

ولا مُعتبَرَ بغَير ذلك عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن السُّفلَ يَصلُحُ لِما لا يَصلُحُ له العُلْوُ، كالبِئر والسِّردابِ، والإصطَبلِ، وغيرِ ذلك، فصارا كالجِنسَين، فلا يُمكِنُ التَّعديلُ إلا بالقِيمة.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: يُقسَمُ بالذَّرع؛ لأن الشَّرْكةَ في الْمَذروع،

---

(١) في (هـ): بينهم.

والقِسمةُ بالذَّرع هي الأصلُ فيه، فلا يُعدَلُ عنه ما أمكَن.

والْمُعتبَرُ التَّسويةُ في السُّكنى لا في الْمَرافِق.

ثم اختَلَفا فيما بينَهما في كَيفيّة القِسمةِ بالذَّرع، فقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ذِراعٌ من سُفلٍ بذِارعَين من عُلْوٍ، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ذِراعٌ بذِراعٍ.

ثم قِيل: إن أبا حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ أَجاب بِناءً على ما شاهَد من عادة أهلِ الكُوفةِ[1] في تَفضيل السُّفلِ على العُلْو، وأبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ أَجاب بِناءً على ما شاهَد من عادة أهلِ بَغدادَ[2] في التَّسوِية بينَ العُلْوِ والسُّفلِ في مَنفَعة السُّكنى، ومحمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ شاهَد اختِلافَ العاداتِ والبُلدانِ في ذلك ، فقال: إنما يُقسَمُ بالقِيمة[3].

وقِيل: هو اختِلافُ حُجّةٍ وبرُهانٍ..

فوجهُ قولِ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن مَنفَعةَ السُّفلِ ضِعفُ مَنفَعةِ العُلْوِ؛ لأنها تَبقى[4] بعدَ فَواتِ العُلْوِ، ومَنفَعةُ العُلْوِ لا تَبقى بعدَ فَناءِ السُّفلِ، وللسُّفل مَنفَعةُ السُّكنى ومَنفَعةُ البِناءِ؛ فإنه لو أَراد أن يَحفِرَ في أسفَله سِردابًا لم يكن لصاحِب العُلْوِ منعُه عن ذلك، وللعُلْو مَنفَعةٌ واحِدةٌ، وهي مَنفَعةُ السُّكنى؛ فإنه لو أَراد أن يَبنِيَ على عُلْوه عُلْوًا آخرَ كان لصاحِب السُّفلِ منعُه عن ذلك، والْمُعتبَرُ في القِسمة الْمُعادَلةُ في الْمَنفَعة، فلهذا جَعَل بمُقابَلة ذِراعٍ من السُّفل ذِراعَين[5] من العُلْو.

---

(١) في (هـ): بغداد.

(٢) في (هـ): أهل بلده.

(٣) في (ب): بالمنفعة.

(٤) في (هـ): لا تبقى.

(٥) في (ج): ذراعان.

ووجهُ قولِ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الْمَقصودَ أصلُ السُّكنى، وقد استَويا فيه، ولكلِّ واحِدٍ منهما أن يَتصرَّفَ في مِلكه على وجهٍ لا يُلحِقُ الضَّرَرَ بصاحِبه، فإنَّ لصاحِبِ العُلْوِ أن يَبنيَ على عُلْوه إذا كان ذلك لا يُضِرُّ بالسُّفل، كما أن لصاحِبِ السُّفلِ أن يَحفِرَ سِردابًا في السُّفل إذا كان ذلك لا يُضِرُّ بصاحِبِ العُلْوِ، فاستَويا في الْمَنفَعة، فيُجعَلُ ذِراعٌ[1] من السُّفل بذِراعٍ من العُلْو.

ووجهُ قولِ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن في بَعض البُلدانِ تكونُ قِيمةُ العُلْوِ أكثَرَ من قِيمة السُّفلِ، كما بمَكّةَ شَرَّفها اللهُ تَعالى ومِصرَ، وفي بَعضها: يَكونُ بالعَكس، كما بالكُوفة، وفي كلِّ مَوضِعٍ يَكثُرُ النَّدى يُختارُ العُلْوُ على السُّفل، وفي كلِّ مَوضِعٍ يَشتدُّ البردُ ويَكثُرُ الرِّيحُ يُختارُ السُّفلُ على العُلْو، وربما يَختلِفُ ذلك باختِلاف الأوقاتِ، فلا يُمكِنُ اعتِبارُ الْمُعادَلةِ إلا بالقِيمة.

والفَتوى اليومَ على قَول محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقولُه لا يَحتاجُ إلى التَّفسير.

وتَفسيرُ قولِ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في مَسألة الكِتابِ: أن يُجعَلَ بمُقابلة مِائةِ ذِراعٍ من العُلْو الْمُجرَّدِ ثَلاثةٌ وثَلاثون ذِراعًا وثُلُثُ ذِراعٍ من البَيت الكامِلِ، أي الْمُشتمِلِ على السُّفل والعُلْوِ؛ لأن العُلْوَ عندَه مِثلُ نِصفِ السُّفلِ، فثَلاثةٌ وثَلاثون وثُلُثٌ من عُلْو البيتِ الكامِلِ يَكونُ بمُقابَلة مِثلِه من العُلْو الْمُجرَّدِ، وثَلاثةٌ وثَلاثون وثُلُثٌ من سُفْل البيتِ الكامِلِ يَكونُ بمُقابلَة سِتّةٍ وسِتِّين وثُلُثَين من العُلْو الْمُجرَّدِ، ويُجعَلُ بمُقابلة مِائةِ ذِراعٍ من السُّفل الْمُجرَّدِ من البَيت الكامِلِ سِتّةٌ وسِتُّون وثُلُثا ذِراعٍ؛ لأن عُلْوَه مِثلُ نِصفِ[2] سُفْلِه، فكان العُلْوُ والسُّفلُ مِثلَ مِائةِ ذِراعٍ من السُّفل.

---

(١) في (ز): ذراعًا.

(٢) سقطت من (أ).

وتفسيرُ قولِ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن يُجعَلَ بإزاء خَمسين ذِراعًا من البَيت الكامِلِ مِائةُ ذِراعٍ من السُّفل الْمُجرَّدِ، أو مِائةُ ذِراعٍ من العُلْو الْمُجرَّدِ؛ لأن العُلْوَ والسُّفلَ عندَه سَواءٌ، فخَمسون ذِراعًا من البَيت الكامِلِ بمَنزِلة مِائةِ ذِراعٍ خمَسون منها سُفلٌ، وخَمسون منها عُلْوٌ.

وتُقبَلُ(م ف) شَهادة القاسِمَين إن اختَلَفوا(م ف).

وتُقبَلُ شَهادةُ القاسِمَين إن اختَلَفوا، أي: إذا قُسِمت الدّارُ أو الأرضُ بينَ الوَرثةِ أو الْمُشتَرين، فأنكَر بعضُهم أن يَكونَ استَوفى نَصيبَه، فشَهِد القاسِمان اللَّذان تولَّيا القِسمةَ أنه استَوفى نَصيبَه: تُقبَلُ شَهادتُهما عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال محمدٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا تُقبَلُ، وهو قولُ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ أوَّلًا.

وذَكَر الخصّافُ قولَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ مع قولِهما.

وقاسِما القاضِي وغيرُهما سَواءٌ.

لمحمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: أنهما شَهِدا على فِعل أنفُسِهما، فتُرَدُّ، كرَجُلٍ علَّق عِتقَ عبدِه بفِعل غيرِه، فشَهِد ذلك الغيرُ على فِعله.

ولهما: أنهما شَهِدا على الاستيفاء والقبضِ، وهو فِعلُ غيرِهما لا فِعلُهما؛ لأن فِعلَهما التَّمييزُ، ولا حاجةَ إلى الشَّهادة عليه، أو لأنه لا يَصلُحُ مَشهودًا به؛ لأنه غيرُ لازِمٍ، وإنما يَلزَمُه بالقَبض والاستيفاءِ، وهو فِعلُ الغيرِ.

قال بعضُ الْمَشايخِ رَحِمَهُمُٱللَّهُ: هذا إذا لم يَستأجِرا على القِسمة، حتى لا يَكونَ هذا منهما جرَّ النَّفعِ إلى أنفُسِهما، أما إذا قَسَما بأجرٍ: فلا تُقبَلُ الشَّهادةُ بالإجماع.

قُلنا: هما لا يَجُرّان بهذه الشَّهادةِ مَغنَمًا إلى أنفُسِهما؛ لأن الخُصومَ اتَّفَقوا على

إِيفائهما العمَلَ الْمُستأجَرَ عليه، وهو التَّمييزُ، وإنما الاختِلافُ في الاستِيفاء، فكانت التُّهَمةُ مُنتفيةً.

ولو شَهِد قاسِمٌ واحِدٌ لا تُقبَلُ؛ لأنه شَهادةُ الفردِ[1].

ولو أمَر القاضِي أمينَه بدَفع المالِ إلى آخرَ: يُقبَلُ قولُ الأمينِ في دَفع الضَّمانِ عن نَفسه، ولا يُقبَلُ في الإِلزام على الآخَر إذا كان مُنكِرًا، واللهُ أعلَمُ.

(١) في (ز): لأن شهادة الفرد لا تلغى.

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها والمهايأة

ادَّعى أحَدُهم أن مما أصابَه في يَد صاحِبِه، وأقَرَّ بالاستِيفاء: لم يُصدَّق.

وإذا ادَّعى أحَدُهم الغلَطَ، وزَعَم أن مما أَصابه شيئًا في يَد صاحِبِه، وقد أشهَد على نَفسه بالاستِيفاء: لم يُصدَّق على ذلك إلا ببَيِّنةٍ؛ لأن القِسمةَ بعدَ تَمامِها عقدٌ لازِمٌ، فمُدَّعي الغلَطِ يَدَّعي لنَفسه حقَّ الفسخِ بعدَما ظَهَر سبَبُ لُزومِ العقدِ، فلا يُقبَلُ قولُه إلا بحُجَّةٍ.

فإن لم تكن له بَيِّنةٌ استُحلِف الشُّرَكاءُ؛ لأنهم لو أقَرُّوا بذلك لَزِمهم، فإذا أنكَروا حُلِّفوا[1] عليه لرَجاء[2] النُّكولِ، فمن حَلَف منهم لم يكن له عليه سَبيلٌ، ومن نكَل عن اليَمين جَمَع بينَ نَصيبِ النّاكلِ والْمُدَّعي، فيُقسَمُ ذلك بينَهما على قَدْر نَصيبِهما؛ لأن النّاكلَ كالْمُقِرّ، وإقرارُه حُجّةٌ عليه دونَ غيرِه.

قالُوا: ويَنبَغي أن لا تُقبَلَ دَعواه أصلًا؛ لأنه مُتناقِضٌ، وإليه الإشارةُ من بعدُ.

وإن قال: (استَوفيتُ، وأخَذتَ بعضَه): صُدِّق خصمُه بحَلِفه.

وإن قال: (قد استَوفيتُ حقِّي، وأخَذتَ بعضَه[3]): فالقولُ لخَصمه مع يَمينِه؛ لأنه يَدَّعي عليه الغصبَ، وهو مُنكِرٌ، والقولُ للمُنكِرِ مع اليَمينِ.

---

(١) في (هـ): أنكر اختلفوا.

(٢) في (هـ): رجاء.

(٣) في (ب) و(د): بعده.

وإن لم يُقِرَّ به، وادَّعى أن ذا حظُّه، ولم يُسلِّم إليَّ: تَحالَفا، وفُسِخت.

وإن قال: (أَصابني إلى مَوضِع كذا، فلم تُسلِّمه إليّ)، ولم يُشهِد على نفسه بالاستيفاء، وكَذَّبه شَريكُه: تَحالَفا، وفُسِخت القِسمةُ؛ لأن الاختِلافَ في مِقدار ما أَصاب كلُّ واحِدٍ بالقِسمة، فصار كالاختِلاف في مِقدار الْمَبيعِ.

ولو ظَهَر غَبْنٌ فاحِشٌ، والقِسمةُ بِرِضاءٍ أو بقَضاءٍ: تَبطُلُ.

ولو ظَهَر غَبْنٌ فاحِشٌ في القِسمة.. إن كانت القِسمةُ بقَضاء القاضِي: تَبطُلُ عند الكلِّ؛ لأن تَصرُّفَه مُقيَّدٌ بالعَدْل، وإن كانت بالتَّراضِي: له أن يُبطِلَ القِسمةَ، كما لو كانت القِسمةُ بقَضاء القاضِي في الصَّحيح، كذا ذَكَره القاضِي فخرُ الدِّينِ خان رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولو اقتَسَما دارًا، وأَصاب كلُّ واحِدٍ طائِفةً، فادَّعى أَحَدُهما بيتًا في يَد الآخَرِ أنه مما أَصابه بالقِسمة، وأنكَر الآخَرُ: فعليه إقامةُ البيِّنةِ.

وإن أَقاما البيِّنةَ: فالاعتِبارُ لبيِّنة الْمُدَّعي؛ لأنه خارِجٌ.

وإن كان قبلَ الإشهادِ على القَبض: تَحالَفا وتَرادّا.

وكذا لو اختَلَفا في الحُدود، بأن قال أَحَدُهما: (هذا الحدُّ لي قد دَخَل في نَصيبه)، وقال الآخَرُ: (هذا الحدُّ لي قد دَخَل في نَصيبه)..

فإن أَقاما البيِّنةَ: يُقضى لكلِّ واحِدٍ بالجُزء الذي في يَد صاحِبه؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما يُثبِتُ الْمِلكَ لنَفسه في جُزءٍ مما في يَد صاحِبه بعَينه، واجتَمَع في ذلك الجُزءِ بيِّنةُ الخارِجِ وذي اليدِ، فتَترجَّحُ بيِّنةُ الخارِجِ.

وإن أقام أَحَدُهما بيِّنةً: قُضِي له، وإن لم يكن لواحِدٍ منهما بيِّنةٌ تَحالَفا، فيُحلَّفُ كلُّ واحِدٍ منهما على دَعوى صاحِبه، كما في البَيع، وبعدَ التَّحالُفِ تُرَدُّ القِسمةُ.

فصل في الاستحقاق

استُحِقَّ بعضُ شائعٌ من حظِّه: رَجَع بِقسطه في حظِّ شَريكِه، ولا تُفسَخُ(س)، كبعضٍ مُعيَّنٍ، لا كبعضٍ شائعٍ في الكلّ.

إذا استُحِقَّ بعضُ شائعٌ من حظِّه: رَجَع بقِسطه في نَصيب شَريكِه، ولا تُفسَخُ القِسمةُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولو استُحِقَّ بعضُ مُعيَّنٌ: لا تُفسَخُ القِسمةُ إجماعًا.

ولو استُحِقَّ بعضُ شائعٌ في الكلِّ: تُفسَخُ اتِّفاقًا.

وصُورةُ الْمَسألةِ: أن تكونَ دارٌ بينَ رَجُلَين نِصفَين، فاقتَسَماها، فأَخذ أحدُهما الثُّلُثَ من مُقدَّمها، وقِيمتُه سِتُّمائةٍ، وأَخذ الآخرُ الثُّلُثَين من مُؤخَّرها، وقِيمتُه سِتُّمائةٍ، وهي مِيراثٌ بينَهما أو شِراءٌ، ثم استُحِقَّ نِصفُ ما في يَدَي صاحِبِ الْمُقدَّمِ مُشاعًا.. فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَبطُلُ القِسمةُ، ولكن إن شاء رَجَع صاحِبُ الْمُقدَّمِ على صاحِبِ الْمُؤخَّرِ برُبُع ما في يَده، وقِيمةُ ذلك مِائةٌ وخَمسون دِرهَمًا، وإن شاء نَقَض القِسمةَ؛ دفعًا لعَيب التَّشقيصِ(١).

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَنتقِضُ القِسمةُ، وما بَقِي في أيدِيهما يَكونُ بينَهما نِصفَين.

وقولُ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ مُضطرِبٌ، والأصَحُّ: أنه مع أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

---

(١) في (ب): التنقيص، وفي (د): الشقص.

لأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن باستِحقاق نِصفِ ما في يَد صاحِبِ الْمُقدَّمِ شائِعًا ظَهر لهما شَريكٌ ثالِثٌ في الدّار، والدّارُ الْمُشتركةُ بينَ ثَلاثةٍ إذا اقتَسمها اثنان منهم كانت باطِلةً، وصار كما لو استُحِقَّ رُبُعُ الدّارِ شائِعًا.

وهذا لأن استِحقاقَه وإن كان من نَصيب صاحِبِ الْمُقدَّمِ خاصّةً.. فذا يُؤدِّي إلى الشُّيوع في الكلّ، فيَفوتُ مَعنى القِسمةِ، وهو الإفرازُ؛ لأنه إذا أَخَذ الْمُستحِقُّ نِصفَ ما في يَد صاحِبِ الْمُقدَّمِ رَجَع بحِصّة ذلك فيما في يَد صاحِبِ الْمُؤَخَّرِ فيَكونُ ذلك بمَنزِلة ما لو استُحِقَّ جُزءٌ شائِعٌ في الكلّ، بخِلاف الْمُعيَّنِ؛ لأن ما وراءَ الْمُستحَقِّ بَقِي مُفرَزًا[1] بينَهما ليس لثالِثٍ فيه نَصيبٌ شائِعٌ.

ولهما: أن مَعنى القِسمةِ التَّميزُ والإفرازُ، وهذا الْمَعنى لا يَفوتُ باستِحقاق بعضٍ شائِعٍ من نَصيب أحَدِهما؛ وهذا لأن ما تَبيَّن بالاستِحقاق لا يَمنَعُ ابتِداءَ القِسمةِ؛ فإنه لو كان مُؤخَّرُ الدّارِ بينَ الشَّريكَين، ولهما شَريكٌ ثالِثٌ في النِّصف الْمُقدَّمِ بنِصفه، فاقتَسَما على أن يَأخُذَ أحَدُهما ما لهما من النِّصف الْمُقدَّمِ، وهو النِّصفُ ورُبُعَ الْمُؤخَّرِ، ويَأخُذَ الآخرُ ما بَقِي، وهو ثَلاثةُ أرباعٍ من النِّصف الْمُؤخَّرِ، فيَكونُ لكلِّ واحِدٍ منهما ثَلاثةُ أثمانِ جَميعِ الدّارِ؛ لأن حقَّهما بعدَ نَصيبِ الثّالِثِ ثَلاثةُ أرباعِ جَميعِ الدّارِ: يَجوزُ، وما لا يَمنَعُ ابتِداءَ القِسمةِ لا يَمنَعُ بَقاءَها بالطَّريق الأَولى، وصار كاستِحقاق بيتٍ[2] مُعيَّنٍ من الْمُقدَّم.

بخِلاف ما إذا استُحِقَّ جُزءٌ شائِعٌ في جَميع الدّارِ؛ لأن مَعنى الإفرازِ والتَّميزِ لم يَتحقَّق، ولهذا لو كان استِحقاقُ ذلك ظاهِرًا لم تَجُز القِسمةُ بينَهما ابتِداءً، فكذا لا تَبقى؛

---

(١) في (ب): مغرزًا، وفي (هـ): مغرورًا، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.

(٢) في (ج): ثلث، وتحتمل في (ز) كذلك.

لأنه لو بَقِيت القِسمةُ لتَضرَّر الثّالثُ بتفرُّق نَصيبه في النَّصيبين، ولا ضرَرَ هنا بالْمُستحَقّ، فوَضَح الفرقُ.

وإنما يَرجِعُ صاحِبُ الْمُقدَّمِ على شَريكه برُبُع ما في يَده إذا اختار إمضاءَ القِسمةِ: لأنه لو استُحِقَّ كلُّ الْمُقدَّمِ لرَجَع على شَريكه بنِصف ما في يَده، فإذا استُحِقَّ نِصفُه يَرجِعُ عليه بنِصف نِصفِ ما في يَده، وهو الرُّبُعُ؛ اعتِبارًا للبَعض بالكلّ.

فالحاصِلُ: أن قِيمةَ الدّارِ ألفٌ ومِائتا دِرهَمٍ، وباستِحقاق نِصفِ الْمُقدَّمِ تبيَّن أن الْمُشترَكَ بينَهما تِسعمُائةٍ، فحقُّ كلِّ واحِدٍ منهما في أربعمِائةٍ وخَمسين، والذي بَقِي في يَد صاحِبِ الْمُقدَّمِ يُساوِي ثَلاثمائةٍ، وما في يَد صاحِبِ الْمُؤخَّرِ يُساوِي سِتَّمائةٍ، فيَرجِعُ عليه برُبُع ما في يَده، وقِيمتُه مِائةٌ وخَمسون، حتى يَسلَمَ لكلِّ واحِدٍ منهما ما يُساوِي أربعَمِائةٍ وخَمسين.

ولو باع صاحِبُ الْمُقدَّمِ نِصفَ ما في يَده، فاستُحِقَّ النِّصفُ الباقِي: يَرجِعُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ على صاحِبه برُبُع ما في يَده، وسَقَط خِيارُه في نَقض القِسمةِ بالبَيع، ويَتعيَّنُ حقُّه في الرُّجوع بعِوَض الْمُستحَقِّ، وهو رُبُعُ[1] ما في يَد صاحِبِ الْمُؤخَّرِ.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ما في يَد صاحِبِه من الدّار بينَهما نِصفان، ويَضمَنُ نِصفَ قِيمةِ ما باع لصاحِبه؛ لأنه بالاستِحقاق تَبيَّن أن القِسمةَ كانت فاسِدةً، والْمَقبوضُ بالقِسمة الفاسِدةِ مَملوكٌ، فينَفُذُ[2] البيعُ فيه، كالْمَقبوض بالشِّراء الفاسِدِ، ويَكونُ مَضمونًا بالقِيمة، فلهذا يَضمَنُ نِصفَ قِيمةِ ما باع لشَريكه، وما في يَد صاحِبِ الْمُؤخَّرِ بينَهما نِصفان.

---

(١) مثبتة من (أ) و(هـ) و(ز). وانظر «المبسوط» ١٥/ ٤٥.

(٢) في (ب) و(د): فيفسد.

وقولُ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ مُضطرِبٌ، كما مَرّ.

ولو ظَهَر دَينٌ في التَّرِكة: رُدَّت.

ولو وَقَعت القِسمةُ، ثم ظَهَر دَينٌ في التَّرِكة: رُدَّت القِسمةُ، قليلًا كان الدَّينُ أو كثيرًا.

أما إذا كان الدَّينُ مُحيطًا بالتَّركة: فلأن الوَرَثةَ لا يَملِكون التَّرِكةَ، ولا يَنفُذُ تصرُّفُهم فيها، والقِسمةُ تَصرُّفٌ بحُكم الْمِلكِ.

وأما إذا قَلَّ الدَّينُ: فلأن حقَّ الاستيفاءِ مُتعلِّقٌ بالتَّرِكة شائِعًا فيها، فلا يَجوزُ التَّصرُّفُ، كالْمَرهون، ولأنه لا يَسلَمُ للوارِث شيءٌ من التَّرِكة إلا بعدَ قَضاءِ الدَّينِ، فهذه قِسمةٌ قبلَ أوانِها، إلا إذا بَقِي من التَّرِكة ما يَفي بالدَّين وراءَ ما قُسِم؛ لأن المانِعَ من القِسمة قِيامُ حقِّ الغَريمِ، فإذا وَصَل إليه حقُّه من محَلِّه زال المانِعُ من نُفوذ القِسمةِ.

ولو أبرَأه الغُرَماءُ بعدَ القِسمةِ، أو أدّاه الوَرَثةُ من مالهم، والدَّينُ مُحيطٌ أو غيرُ مُحيطٍ: جازت القِسمةُ؛ لزَوال المانِعِ بوُصول حقِّ الغَريمِ إليه أو بسُقوط دَينِه بالإبراء.

ولو ادَّعى أحدُ الْمُتقاسِمين دَينًا على الميْت، كالْمَرأة إذا ادَّعت مهرَها، أو غيرُها من الوَرَثة ادَّعى دَينًا على الميْت: صَحَّ دَعواه.

وإذا أقام البيِّنةَ: له أن يَنقُضَ القِسمةَ، ولم تكن قِسمتُه إبراءً من الدَّين؛ لأن القِسمةَ تُصادِفُ الصُّورةَ، وحقُّ الغَريمِ تَعلَّق[1] بالْمَعنى دونَ الصُّورةِ؛ ألا تَرى أن للوَرَثة حقَّ الإيفاءِ من محَلٍّ آخرَ لاستيفاء التَّرِكةِ لأنفُسهم، فلم يكن من ضَرورة الإقدامِ على القِسمة عدَمُ الدَّينِ، فتُقبَلُ دَعواه وبيِّنتُه.

ولو ادَّعى عَينًا بأيِّ سببٍ كان: لم يُسمَع؛ لوُجود التَّناقُضِ؛ إذ الإقدامُ على القِسمة

(١) في (أ) و(ج): يتعلق.

إقرارٌ منه بأن الْمَقسومَ مُشترَكٌ.

ولو باع حظَّه، وبَنى الْمُشتَري، ورَجَع بعَيبٍ: لم يَتَّبع(س م) شَريكَه بما غَرِم.

وإذا صار له بعضُ الدّارِ بالقِسمة، فباع حظَّه، وبَنى فيه الْمُشتَري، ثم وَجَد به عَيبًا، ورَجَع على بائِعه بنُقصان العَيبِ حيث لم يَملِك ردَّه بسَبَب الزِّيادةِ: لم يَرجِع البائِعُ على شَريكه بما[1] غَرِم.

قِيل: هو قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: يَرجِعُ، كما إذا باع أمتَه، ثم باعها الْمُشتَري من آخرَ، فاستَولَدها الْمُشتَري الثّانِي، ثم استَحقَّها رَجُلٌ آخرُ فأخَذها، وأخَذ قِيمةَ الولَدِ: رَجَع على البائِع بالثَّمَن وبقِيمة الولَدِ.

والبائِعُ يَرجِعُ على بائِعه بالثَّمَن لا غيرُ عندَه، وعندَهما: يَرجِعُ عليه بالثَّمَن وقِيمةِ الولَدِ.

قُسِم إرثٌ وبعضٌ غائِبٌ، فمات، فأَجاز وارِثُه: صَحَّت(م).

إذا اقتَسَم الوَرَثةُ بغَير أمرِ القاضِي وبعضُهم غائِبٌ: فالقِسمةُ مَوقوفةٌ على إجازة الغائِبِ.

فإن مات الغائِبُ قبلَ أن يُجيزَ، فأَجاز وارِثُه: صَحَّت استِحسانًا، وهو قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، ولم تَصِحَّ قِياسًا، وهو قولُ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنها توَقَّفت على إجازته، فلا تَنفُذُ بإجازة وارِثِه، كالبَيع.

ولهما: أن القِسمةَ الأُولى لو بَطَلت لأعادُوها بالتَّراضِي، وقد تَراضَوا على هذه القِسمةِ، فصار كأنهم أعادوها.

---

(١) في (ب) و(د): مما.

فصل في المهايأة[1]

الهَيئةُ: هي الحالةُ الظّاهرةُ للمُتهيِّئ[2] للشَّيء.

والتَّهايُؤُ: تَفاعُلٌ منها، وهو أن يَتواضَعوا على أمرٍ فيَتراضَوا به، وحَقيقتُه: أن كُلًّا منهم يَرضى بحالةٍ ويَختارُها.

وأما الْمُهاياةُ بإبدال الهَمزةِ ألفًا: فلُغةٌ.

وهي جائِزةٌ استِحسانًا؛ لِما رُوِي أنه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَسم في غَزوة بدرٍ كلَّ بَعيرٍ بينَ ثَلاثةِ نفَرٍ، وكانوا[3] يَتناوَبون في الرُّكوب[4].

ولأن الأعيانَ خُلِقت للانتِفاع بها، وهو مُستحَقٌّ لِمُلّاكها، فمتى كان الْمِلكُ مُشترَكًا

---

(١) تهايأ القوم تهايُؤًا من الهيئة: جعلوا لكل واحد هيئةً معلومةً، والمراد النوبة، وهايأته مهايأة، وقد تُبدل للتخفيف، فيقال هاييته مهاياة. «المصباح» ٢/ ٧١٥.

الْمُهاياةُ بالهَمز والألف، لغةً: الْمُواضَعةُ، ثم الْمُراضاةُ بحاله، وشرعًا: مُقاسَمةُ الْمَنافِع. «الدر المنتقى» ٤/ ٥٢٣.

(٢) في (ب): للمشتري، وفي (د): للمهيئ.

(٣) في (هـ): فكانوا.

(٤) روى الإمام أحمد (٣٩٦٥) والنسائي في «الكبرى» (٨٧٥٦) وابن حبان (٤٧٣٣) والحاكم (٤٢٩٩) عن ابن مسعود قال: كانوا يوم بدر بين كل ثلاثة نفر بعير، وكان زميل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علي وأبو لبابة، قال: وكان إذا كانت عُقبة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالا له: اركب حتى نمشي عنك، فيقول: «ما انتما بأقوى مني، وما أنا بأغنى عن الأجر منكما».

كان حقُّ الانتِفاعِ مُشتركًا.

وقد يَكونُ المحَلُّ بحالٍ لا يَحتمِلُ القِسمةَ عَينًا، ولا يَحتمِلُ الانتِفاعَ على الاشتِراكِ في زَمانٍ واحِدٍ، فيُحتاجُ إلى التَّهايُؤ، وهو قِسمةُ الْمَنافِعِ، فيَجوزُ، كالقِسمة في الأَعيان، ولهذا يَجري فيه جبرُ القاضِي كما يَجري في القِسمة، إلا أن القِسمةَ أَقوى منه في استِكمال الْمَنفَعة؛ لأنها جمعٌ للمَنافِع[1] في زَمانٍ واحِدٍ، وهذا جمعٌ على التَّعاقُب، ولهذا لو طَلَب أحدُ الشَّريكَين القِسمةَ، والآخرُ الْمُهايأةَ: يَقسِمُ القاضِي؛ لأنها أبلَغُ.

ولو وَقَعت الْمُهايأةُ فيما يَحتمِلُ القِسمةَ، كالدّار والأرضِ ونحوِهما، ثم طَلَب أحَدُهما القِسمةَ: يَقسِمُ، وتَبطُلُ الْمُهايأةُ؛ لأن القِسمةَ أبلَغُ في استِكمال الْمَنفَعةِ من الْمُهايأة.

ولا يَبطُلُ التَّهايُؤُ بمَوت أحَدِهما ولا بمَوتهما؛ لأنه لو انتَقَض لاحتَاج الحاكِمُ إلى إِعادته في الحال، فلا مَعنى للنَّقض ثم الاستِئنافِ.

وهو على وُجوهٍ:

قد يَكونُ في الدّار الواحِدةِ أو الدّارَين، وفي العَبد الواحِدِ[2] أو العَبدَين، وفي الدّابّة الواحِدةِ أو الدّابّتَين، من حيث الْمَنفَعةُ أو من حيث الاستِغلالُ.

تَهايَآ في غَلّة دارٍ أو دارَين، أو خِدمةِ عبدٍ أو عبدَين، أو سُكنى دارٍ أو دارَين: صحّ.

فلو[3] **تَهايَآ في غَلّة دارٍ أو دارَين، أو خِدمةِ عبدٍ أو عَبدَين، أو سُكنى دارٍ أو دارَين: يَصِحُّ اتِّفاقًا.**

(١) في (ج) و(ز): جمع المنافع.

(٢) في (ج): المشترك.

(٣) في (ب) و(ج): ولو.

ولو تَهايَآ في غَلّة عبدٍ أو غَلّة بغلٍ: لا يَصِحُّ اتِّفاقًا.

وفي غَلّة عبدٍ أو عبدَين(س م) أو بغلٍ أو بَغْلَين(س م)، أو رُكوبِ بغلٍ(س م) أو بَغْلَين(س م): لا.

ولو تَهايَآ في غَلّة عَبدَين[1] أو غَلّةِ بَغلَين، أو رُكوبِ بغلٍ أو بَغلَين: لا يَصِحُّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما.

فهذه ثِنتا عشْرةَ مَسألةً، في ثِنتَين لا يَصِحُّ اتِّفاقًا، وفي سِتّةٍ يَصِحُّ اتِّفاقًا، وفي أربَعةٍ خِلافٌ.

لهما في غَلّتَي[2] العَبدَين[3]: أن المُهايأةَ تَجوزُ في خِدمتهما، فكذا في بَدَل خِدمتِهما؛ اعتِبارًا بالدّارَين، بخِلاف غَلّةِ عبدٍ واحِدٍ؛ لأن الاعتِدالَ لا يُمكِنُ مُراعاتُه في عبدٍ واحِدٍ؛ لأن ذا لا يَتأتّى إلا في زَمانَين، فتَتأخَّرُ مُدّةُ انتِفاعِ أحَدِهما عن مُدّة الآخرِ، فتُتوهَّمُ أسبابُ التَّغيُّرِ[4] في حقِّ أحَدِهما.

غيرَ أنّا اعتبَرنا هذا التَّفاوُتَ في الغَلّة دونَ الخِدمةِ: لأن العبدَ يَخدُمُ بنَشاطه، فلا يَلحَقُه التَّعَبُ عادةً، وفي الكَسب يَلحَقُه التَّعَبُ عادةً، والتَّعَبُ سببُ التَّغيُّرِ، ولأن الظّاهرَ هو التَّسامُحُ في الخِدمة والاستِقصاءُ في الاستِغلال، فلا يَنقاسان[5].

وله: أنه[6] متى اعتبَرنا التَّفاوُتَ[7] عندَ اختِلافِ الزَّمانِ.. فلأَن يُعتبَرَ[8] عندَ اختِلافِ

(١) في (ب): عبد، وفي (هـ): بغل.

(٢) في (ز): غلة.

(٣) في (أ): البغلين.

(٤) في (د) و(هـ): التعيين.

(٥) في (هـ): يتفاوتان، وفي (ز): يتقايسان.

(٦) في (ج): أنا.

(٧) في (د): اعتبر بالتفاوت.

(٨) في (ج) و(هـ): نعتبر.

المحَلِّ أَولى، فالعَبدان لا يَستَويان عادةً في تَحمُّل التَّعَبِ، بل يَتفاوَتان، وعندَ التَّفاوُتِ في تَحمُّل التَّعَبِ فات الاعتِدالُ، والتَّهايُؤُ في الخِدمة جُوِّز ضَرورةً؛ لعَدَم إمكانِ قِسمتِها، ولا ضَرورةَ في الغَلّة[1]؛ لأنه يُمكِنُ قِسمتُها؛ لأن الغَلّةَ عَينُ مالٍ، خِلاف الدّارَين؛ لأن الظّاهرَ عدَمُ التَّغيُّرِ في العَقار.

ولهما في رُكوب البغلِ والبَغلَين وغَلّةِ البَغلَين: أن القاضِيَ يَقسِمُ الحيَوانَ بينَهما جبرًا، فكذا مَنافِعُه وبدَلُها، بخِلاف غَلّةِ البغلِ؛ لِما ذَكَرنا.

وله: أن الرُّكوبَ يَتفاوَتُ بتَفاوُت الرّاكِبين؛ فإنهم بينَ حاذِقٍ وأخرَقَ، فلا تَتحقَّقُ التَّسويةُ، فلا يُجبرُ القاضِي عليه.

وحُكمُ الغَلّةِ حُكمُ الرُّكوبِ؛ لأنها بدَلُه.

ولو تَهايَآ في دارٍ واحِدةٍ على أن يَسكُنَ هذا طائفةً وهذا طائفةً، أو هذا[3] عُلْوَها وهذا سُفلَها: يَجوزُ؛ لأن القِسمةَ على هذا المِثالِ تَجوزُ، فكذا المُهايأةُ التي هي قِسمةُ المَنفَعةِ.

والتَّهايُؤُ على هذا الوجهِ إفرازٌ لا مُبادَلةٌ، حتى لا يَفتقِرُ إلى بَيان الوقتِ، ولكلِّ واحِدٍ منهما أن يَستغِلَّ[4] ما أَصابه بالمُهايأة، سَواءٌ شُرِط ذلك في العَقد أو لم يُشترَط؛ لأنّا إذا اعتبَرناه قِسمةً للمَنافِع فتَحدُثُ المَنافِعُ على مِلكه، فمَلَك التَّمليكَ من غَيره بعِوَضٍ وبغَير عِوَضٍ.

ولو تَهايَآ في عبدٍ واحِدٍ على أن يَخدُمَ هذا يومًا وهذا يومًا: جاز، وكذا هذا في البَيت

---

(١) في (هـ): الخدمة.

(٣) في (ب) و(د): وهذا.

(٤) في (أ): يشغل، وفي (ز): يشتغل.

الصَّغيرِ؛ لأن الْمُهايأةَ قد تكونُ في الزَّمان، وقد تكونُ من حيث الْمَكانُ، والتَّهايُؤُ في الزَّمان مُتعيِّنٌ هنا.

ولو اختلَفا في التَّهايُؤُ من حيث الزَّمانُ والْمَكانُ في محَلٍّ يَحتمِلُهما: يَأمُرُهما القاضِي بأن يَتَّفِقا على شيءٍ؛ لأن الأوَّلَ أكمَلُ؛ لأنه يُنتفَعُ بجَميع الدّارِ، والثّانِي أعدَلُ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما يَنتفِعُ في زَمانٍ واحِدٍ، فإذا اختلَفت الجِهةُ فلا بُدَّ من الاتِّفاق.

فإن اختارَه[1] من حيث الزَّمانُ يُقرَعُ في البِداءة؛ نفيًا للتُّهَمة.

ولو تَهايَآ في عَبدَين على الخِدمة: جاز.

أما عندَهما: فظاهِرٌ؛ لأنهما يُجوِّزان قِسمةَ الرَّقيقِ.

وأما عندَه: فلأن الخِدمةَ هي القِيامُ بالحوائِج، والتَّفاوُتُ في ذلك يَقِلُّ، بخِلاف أعيانِ الرَّقيقِ؛ لأنها تتفاوَتُ تَفاوُتًا فاحِشًا على ما مَرّ.

ولو تَهايَآ فيهما على أن نَفَقةَ كلِّ عبدٍ على من يَأخُذُه: صَحَّ استِحسانًا؛ للتَّسامُح في إطعام الْمَماليكِ، بخِلاف شرطِ الكِسوةِ؛ للتَّضايُق فيها.

ولو تَهايَآ في دارَين على أن يَسكُنَ كلُّ واحِدٍ منهما دارًا: جاز، ويُجبِرُ القاضِي عليه.

أما عندَهما: فلأن قِسمةَ الدّارَين على هذا الْمِثالِ تَصِحُّ، فكذا التَّهايُؤُ، وكذا عندَه؛ لأن التَّفاوُتَ يَقِلُّ في الْمَنافِع، فيَجوزُ[2] بالتَّراضِي، ويَجري فيه جبرُ القاضِي، ويُعتبَرُ إفرازًا[3]، كالأعيان الْمُتقارِبةِ، بخِلاف القِسمةِ؛ لأنه يَكثُرُ التَّفاوُتُ في أعيانهما، فالتَحقت بالأجناس الْمُختلِفةِ، فصارت مُبادَلةً.

---

(١) في (ج) و(هـ) و(ز): اختاراه.

(٢) في (ب) و(د): ويجوز.

(٣) في (ب) و(هـ) و(ز): إقرارًا، وفي (د) غير منقوطة.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يَجوزُ التَّهايُؤُ فيه بالجَبر؛ اعتِبارًا بالقِسمة، وكذا بالتَّراضِي؛ لأنه يَصيرُ بيعَ السُّكنى بالسُّكنِي، بخِلاف قِسمةِ رَقَبتيهما بالتَّراضِي؛ لأن بيعَ إِحداهما بالأُخرى جائِزٌ.

والتَّهايُؤُ في الاستِغلال يَجوزُ في الدّار الواحِدةِ في ظاهِر الرِّوايةِ، وفي العَبد الواحِدِ والدّابّةِ الواحِدةِ: لا يَجوزُ.

والفرقُ: أن النَّصيبَين يَتعاقَبان في الاستِيفاء، والاعتِدالُ ثابِتٌ في الحال، والظّاهِرُ عدَمُ التَّغيرِ في العَقار، والتَّغيُّرُ في الحَيَوان، فتَفوتُ الْمُعادَلةُ.

ولو زادت الغَلّةُ في الدّار الواحِدةِ في نَوبة أَحَدِهما عليها في نَوبة الآخرِ: يَشترِكان في الزِّيادة: تَحقيقًا للتَّعديل.

بخِلاف ما لو كان التَّهايُؤُ في الْمَنافِع، فاستَغَلَّ أَحَدُهما في نَوبته زِيادةً؛ لأن التَّهايُؤَ وَقَع في الْمَنافِع ثَمّ، فيَجِبُ مُراعاةُ الْمُعادَلةِ فيها، وبالتَّفاوُت في الغَلّة لا يَتبيَّنُ فوتُ الْمُعادَلةِ في الْمَنافِع؛ فإن الشَّيئَين[1] قد يَستَويان، ثم يَختلِفان في البَدَل عندَ العقدِ.

وبخِلاف ما لو تَهايَآ على الاستِغلال في الدّارَين، وفَضَلت غَلّةُ أَحَدِهما؛ حيث لا يَشترِكان فيه؛ لأن مَعنى الإفرازِ راجِحٌ في الدّارَين؛ لاتِّحاد زَمانِ الاستِيفاءِ؛ فإن كلَّ واحِدٍ منهما يَصِلُ إلى الغَلّة في الوَقت الذي يَصِلُ إليه صاحِبُه، وفي الدّار الواحِدةِ يَتعاقَبُ الوُصولُ، فاعتُبِر قرضًا، كأنه أقرَض نَصيبَه من غَلّة هذا الشَّهرِ على أن يَستوفيَ من نَصيبه في الشَّهر الثّانِي، ويُجعَلُ كلُّ واحِدٍ منهما وَكيلًا عن صاحِبه في إجارة[2] نَصيبِ صاحِبِه، فإذا استَوفى قَدْرَ القرضِ كان الباقِي مُشترَكًا.

---

(١) في (ج): البيتين.

(٢) في (ز): إجازة.

ولو كان نخلٌ وشجَرٌ[1] بينَ شَريكَين، فتَهايَآ على أن يَأخُذَ كلُّ واحِدٍ منهما طائِفةً يَستثمِرُها: لم يَجُز.

وكذا لو كان غنَمٌ بينَ اثنَين، فاتَّفَقا على أن يَأخُذَ كلُّ واحِدٍ منهما طائِفةً يَرعاها ويَنتفِعَ بأَلبانها: لم يَجُز؛ لأن الْمُهايأةَ تَختصُّ بالْمَنافِع دونَ الأعيانِ، فالضَّرورةُ تَتحقَّقُ في الْمَنافِع؛ لأنه لا يُمكِنُ قِسمتُها بعدَ وُجودِها؛ لسُرعة فَنائِها وانقِضائِها، وهذه أعيانٌ باقِيةٌ يُمكِنُ قِسمتُها، فلم تَتحقَّق الضَّرورةُ.

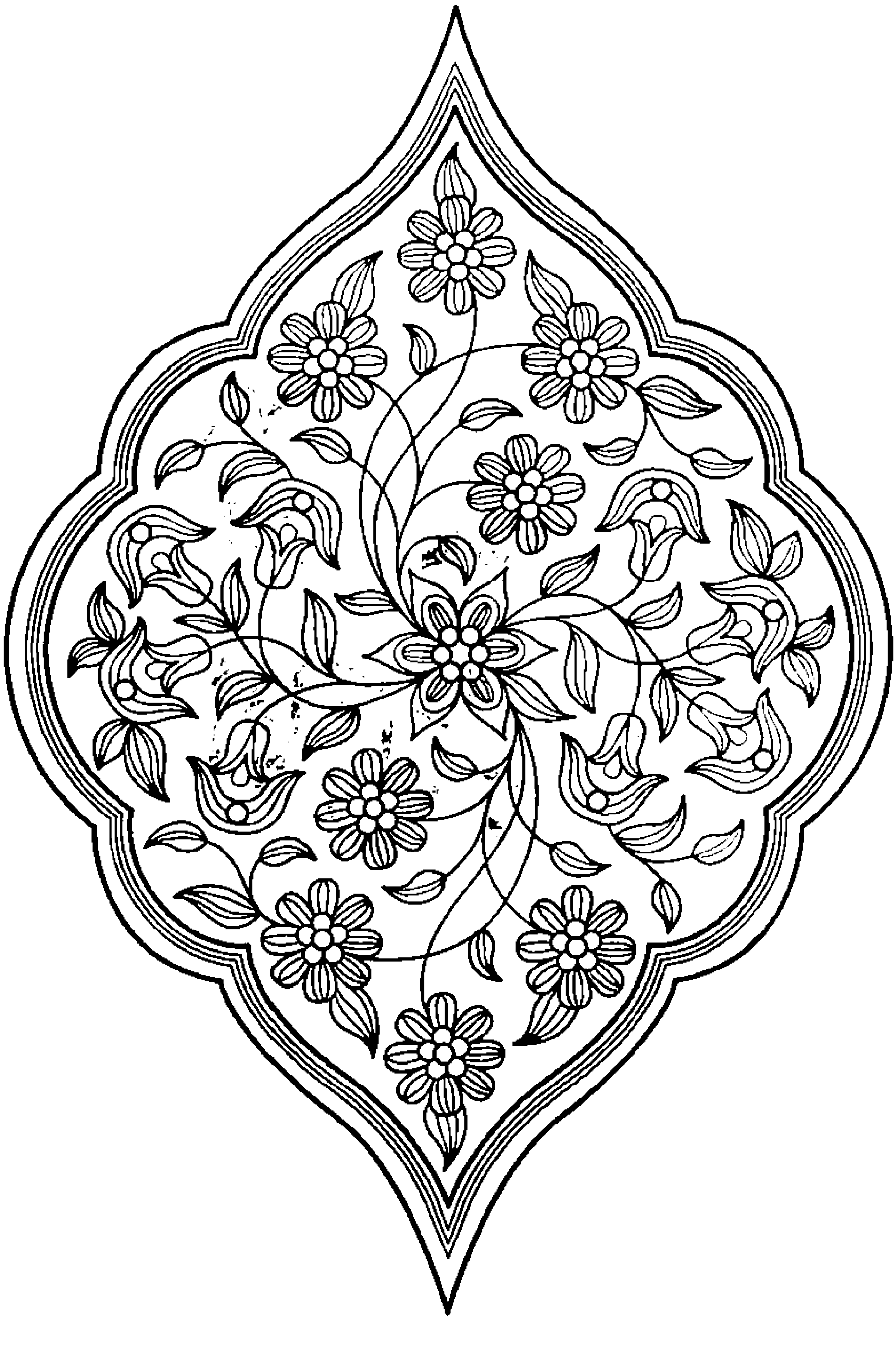
والحِيلةُ: أن يَبيعَ حِصّتَه من الآخَر، ثم يَشتريَ كلَّها بعدَ مُضِيِّ نَوبتِه، أو يَنتفِعَ باللَّبَن بوزنٍ مَعلومٍ استِقراضًا لنَصيب صاحِبِه، نعم! هو[2] قرضُ الْمُشاعِ، لكنه جائزٌ، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في (هـ): أو شجر.

(٢) في (د): هذا.

كِتَابُ
المُزَارَعَةِ



كتاب المزارعة

كِتابُ الْمُزارَعةِ[1]

عقدٌ على الزَّرع ببَعض الخارِج.

هي في اللُّغة: مُفاعَلةٌ من الزِّراعة.

وفي الشَّريعة: عقدٌ على الزَّرع ببَعض الخارِج.

وهي فاسِدةٌ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، جائِزةٌ عندَهما؛ لأنه عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ دفَع نَخيلَ خَيبَرَ إلى أَهلِها مُعامَلةً، وأرضَها مُزارَعةً على نِصف ما يَخرُجُ من ثَمَرٍ وزرعٍ[2].

وبذلك عمَلُ الصَّحابةِ والتّابِعين والصّالِحين رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُمۡ إلى يومنا هذا بلا نكيرٍ[3].

---

(١) المزارعة: مفاعلة من الزرع، وهو الإنبات لغة، يقال: زرعه الله: أي أنبته وأنماه، ومنه قوله تعالى: ﴿ءَأَنتُمۡ تَزۡرَعُونَهُۥٓ أَمۡ نَحۡنُ ٱلزَّٰرِعُونَ﴾ [الواقِعَة: ٦٤]، والمفاعلة تجري بين اثنين غالبًا كالمضاربة.

والزرع أيضًا: طرح البذر، والمزرع في الأصل: واحد الزروع، وموضعه مزرعة ومزروع، كذا في «الصحاح»، وفي «المغرب»: والزرع: ما استنبت بالبذر، سمي بالمصدر، وجمعه: زروع. «الأنيس» ص١٠١.

(٢) رواه البخاري (٢٣٢٨)، ومسلم (١٥٥١).

(٣) من ذلك ما رواه البخاري (٢٣٣٠) ومسلم (١٥٥٠) عن علي بن عبد الله حدثنا سفيان: قال عمرو: قلت لطاووس: لو تركتَ المخابرة، فإنهم يزعمون أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ نهى عنه، قال: أيْ عمرو! إني أعطيهم وأغنيهم، وإنَّ أعلَمَهم أخبرني -يعني ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُمَا-: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ =

ولأن العُقودَ ما شُرِعت إلا لحاجة النّاسِ، وبالنّاس حاجةٌ إليها؛ فإن الإنسانَ قد تكونُ له أرضٌ ولا يَهتَدي إلى الزِّراعة، وقد يَكونُ مُهتديًا ولا تكونُ له أرضٌ، فمَسَّت الحاجةُ إلى انعِقادها لتَنتظِمَ مَصلَحتُهما، ويَحصُلَ مَقصودُهما من الرِّيع، كما في الْمُضارَبة، فإنه يَكونُ العمَلُ فيها من أحَدهما والمالُ من الآخَر، وما يَحصُلُ من الرِّبح بِناءً على العَمَل، والمالُ بينَهما؛ لحَاجتهما إلى ذلك.

بخِلاف دفعِ الغنَمِ والدَّجاجِ ودُودِ القزِّ مُعامَلةً بنِصف الأولادِ والإبريسَمِ؛ فإن تلك الزَّوائدَ تَتولَّدُ من العَين، ولا أثَرَ لعَمَل الرّاعي والحافِظِ فيها، وإنما تَحصُلُ الزِّيادةُ بالعَلْف والسَّقيِ، والحيَوانُ يُباشِرُهما باختِياره، فلم تَتحقَّق شِرْكةٌ، مع أنه ليس في ذلك العقدِ عُرفٌ ظاهِرٌ.

فأما هنا: فلعَمَل الزّارعِ تأثيرٌ في تَحصيل الخارِجِ، والعُرفُ ظاهِرٌ في عامّة البُلدانِ، فافترَقا.

وله: حَديثُ رافِعِ بنِ خَديجٍ أن النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهى عن الْمُخابَرة[1]، وهي: مُزارَعةُ الأرضِ على الثُّلُث أو الرُّبُعِ من الخَبير، وهو الأكّارُ؛ لِمُعالَجته الخَبارَ، وهي الأرضُ الرِّخوةُ.

ولأنها وإن تَضمَّنت مَعنى الشِّرْكةِ فمَعنى الإجارةِ فيها أغلَبُ؛ ألا تَرى أنها لا تَصِحُّ بدُون ذِكرِ الْمُدّةِ، وهي لازِمةٌ من جانِب مَن لا بَذرَ من قِبَله، وكذا من جانِب الآخرِ بعدَ إلقاءِ البَذرِ في الأرض، والْمُعامَلةُ لازِمةٌ من الجانِبَين في الحال، ولا يُشترَطُ التَّوقيتُ في الشِّرْكة والْمُضارَبةِ، ولا يَتعلَّقُ بهما اللُّزومُ، ولم يُوجَد شرطُ الإجارةِ؛ لأن الأُجرةَ

= لم ينه عنه، ولكن قال: «أن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليه خرجًا معلومًا».

(١) رواه البخاري (٢٣٨١)، ومسلم (١٥٣٦).

مَجهولةٌ مَعدومةٌ، وفي وُجودها خطَرٌ، وكلُّ واحِدٍ من الْمَعنيَين يَمنَعُ صِحّةَ الإجارةِ.

ولأنه استِئجارٌ ببَعض ما يَخرُجُ من عَمَله، فكان في مَعنى قَفيزِ الطَّحّانِ، وقد نَهى رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن قَفيز الطَّحّانِ[1].

ولا يَصِحُّ الاستِدلالُ بالْمُضارَبة؛ لأن مَعنى الشَّرْكةِ ثَمَّ أغلَبُ، حتى صَحَّت بدُون ذِكرِ الْمُدّةِ.

ومُعامَلةُ النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع أهلِ خَيبرَ كان على سَبيل الْمُصالَحةِ، فإنه لو أخَذ الكلَّ جاز، فإنه مَلَكها غَنيمةً، ولكنه مَنَّ عليهم برِقابهم وأراضِيهم ونَخيلِهم، وجَعَل عليهم نِصفَ الخارِجِ بطَريق خَراجِ الْمُقاسَمةِ[2]، وللإمام رأيٌ في الأَرض الْمَمنونِ بها على أَهلها، إن شاء جَعَل عليها خَراجَ الوَظيفةِ، وإن شاء جَعَل عليها خَراجَ الْمُقاسَمةِ.

والحِيلةُ لجَواز الْمُعامَلةِ والْمُزارَعةِ عندَه: أن يَستأجِرَ العامِلَ بأجرٍ مَعلومٍ إلى مُدّةٍ مَعلومةٍ، فإذا مَضَت الْمُدّةُ يَستوجِبُ الأجرَ، سَواءٌ حَصَل الخارِجُ أَوْ لا، ثم يَتراضَيان على بَعض الخارِجِ، فيَجوزُ ذلك.

وإذا فَسَد العقدُ عندَه.. فإن سَقى الأرضَ وكَرَبها، ولم يَخرُج شيءٌ: فله أجرُ مِثلِه؛ لأنه بمَنزِلة إجارةٍ فاسِدةٍ، وهذا إذا كان البَذرُ من قِبَل ربِّ الأرضِ، وإن كان البَذرُ من قِبَله: فعليه أجُر مِثلِ الأرضِ.

والخارِجُ في الصُّورتَين لربِّ البَذرِ؛ لأنه نَماءُ مِلكِه، وللآخَر الأجرُ.

والفَتوى على قَولهما؛ لحاجة النّاسِ إليها، ولظُهور التَّعامُلِ بها، وإن كان القِياسُ

---

(١) رواه الدارقطني في «سننه» (٢٩٨٥)، وأبو يعلى في «مسنده» (١٠٢٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٨٥٤).

(٢) تقدم تخريجه.

يَأباه، كالاستِصناع.

فإن قِيل: التَّعامُلُ على خِلاف النَّصِّ باطِلٌ.

قُلنا: النُّصوصُ الوارِدةُ في الْمُجتهَدات صُوَرُ النُّصوصِ، وإلا لا يَحِلُّ لأحدٍ الخِلافُ فيها، أو نَحمِلُها على ما إذا شَرَط شرطًا مُفسِدًا[1]، فقد رُوِي أنهم كانوا يَشترِطون فيها شيئًا مَعلومًا من الخارِج لربِّ الأرضِ ونحوَ ذلك مما هو مُفسِدٌ عندَهما[2].

وتَصِحُّ(ح ك ف) بشَرط صَلاحِيَةِ الأرضِ للزِّراعة، وبَيانِ الْمُدّةِ، وربِّ البَذْرِ، وجِنسِه، وحظِّ الآخَرِ، والتَّخلِيةِ بينَ الأرضِ والعامِلِ، والشِّرْكةِ في الخارِج.

ثم الْمُزارَعةُ على قَول من يُجيزُها تَستدعي شَرائطَ:

أحَدُها: كونُ الأرضِ صالِحةً للزِّراعة؛ ليَحصُلَ الْمَقصودُ.

وثانِيها: أن يَكونَ ربُّ الأرضِ والْمُزارِعُ من أَهل العقدِ، فعقدٌ ما[3] لا يَصِحُّ إلا من أَهله، وهو لا يَختصُّ بهذا العقدِ.

وثالِثُها: بَيانُ الْمُدّةِ؛ لأن العقدَ يَرِدُ على مَنفَعة الأرضِ إن كان البَذرُ من قِبَل العامِلِ، أو على مَنفَعة العامِلِ إن كان البَذرُ من قِبَل ربِّ الأرضِ، والْمَنفَعةُ لا يُعرَفُ مِقدارُها إلا ببَيان الْمُدّةِ، فكانت الْمُدّةُ مِعيارًا للمَنفَعة.

---

(١) في (ب) و(د): فاسدًا.

(٢) يشير إليه حديث الشيخين المتقدم: «أن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليه خرجًا معلومًا». ومن ذلك ما رواه أبو داود (٣٤٠٧) عن ثابت بن الحجاج عن زيد بن ثابت قال: نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن المخابرة، قلت: وما المخابرة؟ قال: أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع. اللهم إلا أن يكون قصد المصنف أنهم يأخذون عددًا محددًا من الأقفزة مثلًا.

(٣) أي فأيُّ عقد..

ورابِعُها: بَيانُ من كان البَذرُ من قِبَله؛ لأن الْمَعقودَ عليه يَختلِفُ باختِلافه؛ فإن البَذرَ إن كان من قِبَل العامِلِ: فالْمَعقودُ عليه مَنفَعةُ الأرضِ، وإن كان من قِبَل ربِّ الأرضِ: فالْمَعقودُ عليه مَنفَعةُ العامِلِ، فلا بُدَّ من بَيان الْمَعقودِ عليه؛ لأن جَهالتَه تُؤدِّي إلى الْمُنازَعة بينَهما.

وخامِسُها: بَيانُ جِنسِ البَذرِ؛ لأنه لا بُدَّ من إعلام جِنسِ الأُجرةِ، ولا يَصيرُ ذلك مَعلومًا إلا ببَيان جِنسِ البَذرِ.

وسادِسُها: بَيانُ نَصيبِ مَن لا بَذرَ من قِبَله؛ لأنه يَستحِقُّ ذلك عِوَضًا بالشَّرط، وما لم يكن مَعلومًا لا يُستحَقُّ شرطًا بالعَقد.

وسابِعُها: التَّخليةُ بينَ الأرضِ وبينَ العامِلِ، حتى إذا شُرِط في العَقد ما تَزولُ به التَّخليةُ -وهو عمَلُ ربِّ الأرضِ مع العامِلِ- لا يَصِحُّ العقدُ.

وثامِنُها: الشَّرْكةُ في الخارِج عندَ حُصولِه؛ لأنه يَنعقِدُ إجارةً في الابتِداء[1]، ويَتِمُّ شِرْكةً في الانتِهاء[2]، وكلُّ شرطٍ يُؤدِّي إلى قَطع الشَّرْكةِ في الخارِج يَكونُ مُفسِدًا للعَقد.

وأن تَكونَ الأرضُ والبَذْرُ لواحِدٍ، والعَمَلُ والبَقَرُ لآخَرَ، أو تكونَ الأرضُ لواحِدٍ، والباقِي لآخَرَ، أو يَكونَ العَمَلُ من واحِدٍ، والباقِي لآخَرَ.

وإنما يَصِحُّ عندَهما إذا كانت الأرضُ والبَذرُ لواحِدٍ، والعمَلُ والبقَرُ لآخَرَ؛ لأن ربَّ الأرضِ استأجَر العامِلَ ليَعمَلَ، والبقَرُ آلةٌ للعَمَل، فجاز شرطُه عليه، كما لو استأجَر خيّاطًا ليَخيطَ له بإبرة نفسِه، أو صبّاغًا ليَصبُغَ الثَّوبَ بصِبغ نفسِه.

أو تَكونُ الأرضُ لواحِدٍ والباقِي لآخَرَ؛ لأن ربَّ البَذرِ استأجَر الأرضَ بجُزءٍ

(١) قوله: (في الابتداء) مثبت من (د).

(٢) في (ب): الابتداء.

مَعلومٍ من الخارِج، ولو استأجَرها بأجرٍ مَعلومٍ من الدَّراهِم والدَّنانيرِ: صَحّ، فكذا إذا استأجَرها بجُزءٍ مُسمًّى من الخارِج.

أو يَكونَ العمَلُ من واحِدٍ والباقِي لآخرَ؛ لأن ربَّ الأرضِ استأجَرَ العامِلَ ليَعمَلَ بآلاته[1]، فيَصِحُّ، كما لو استأجَر خيّاطًا ليَخيطَ بإبرة ربِّ الثَّوبِ، أو طيّانًا ليَجعَلَ له طِينًا بمَرِّه[2].

فإن كانَت الأرضُ والبقَرُ لواحِدٍ، والبَذرُ والعَمَلُ لآخَرَ، أو شَرَطا لأحَدهما قُفْزانًا مُسمّاةً، أو ما على الماذِيَانات[3] والسَّواقِي[4]: فَسَدت، والخارِجُ لربِّ البذرِ، وللآخرِ أجرُ عَمَلِه أو أرضِه.

فإن كانَت الأرضُ والبقَرُ لواحِدٍ، والبَذرُ والعمَلُ لآخرَ: فهي فاسِدةٌ في ظاهِر الرِّوايةِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ أنه يَجوزُ أيضًا؛ للعُرف، ولأنه لَمّا جاز أن يَكونَ البقَرُ مع البَذرِ مَشروطًا على ربِّ الأرضِ.. فكذا يَجوزُ أن يَكونَ البقَرُ بدُون البَذرِ[5] مَشروطًا عليه، كما في جانِب العامِلِ؛ فإنه لَمّا جاز أن يَكونَ البَذرُ مع البقَرِ مَشروطًا على العامِلِ جاز أن يَكونَ البقَرُ مَشروطًا عليه بدُون البَذرِ.

وجهُ الظّاهِرِ: أن ربَّ البَذرِ استأجَر الأرضَ والبقَرَ، واستِئجارُ البقَرِ بجُزءٍ من

---

(١) في (ب): باليد، وفي (د) و(هـ): بالآلة.

(٢) أي مجرفته.

(٣) الماذيانات: جمع الماذيان، وهو أصغر من النهر، وأعظم من الجدول، فارسي معرب، وقيل: ما يجتمع فيه ماء السيل، ثم يسقى منه الأرض. «المغرب» ص٤٣٨.

(٤) السِّقاية -بالكسر-: الموضع يتخذ لسقي الناس. «المصباح» ١/ ٢٨١.

(٥) في (ج): الأرض.

الخارِج مَقصودًا لا يَصِحُّ؛ وهذا لأن مَنفَعةَ البقَرِ ليست من جِنس مَنفَعةِ الأرضِ، فإن مَنفَعةَ الأرضِ قُوّةٌ في طَبعها يَحصُلُ بها الخارِجُ، ومَنفَعةُ البقرِ صَلاحِيَةٌ يُقامُ بها العمَلُ، فلعَدَم الْمُجانَسةِ لا يمُكِنُ جعلُ البقرِ تبَعًا لِمَنفَعة الأرضِ، ولا يَجوزُ استِحقاقُ مَنفَعةِ البقرِ مَقصودًا بالْمُزارَعة، كما لو كان البقَرُ مَشروطًا على أحَدهما فقط، بخِلاف جانِبِ العمَلِ؛ لأن البقَرَ آلةُ العمَلِ، فجُعِلت تابِعةً لِمَنفَعة العامِلِ.

وإن كان البَذرُ لأحَدهما والباقِي لآخَرَ: فهي فاسِدةٌ؛ لأن الشَّرعَ لم يَرِد به، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَجوزُ؛ للتَّعامُل.

وكذا إن كان البَذرُ والبقَرُ لواحِدٍ، والعمَلُ والأرضُ لآخرَ؛ لأنه لَمّا لم يَصِحَّ عندَ انفِرادِ كلِّ واحِدٍ من البقَر والبَذرِ.. فكذا عندَ الاجتِماعِ.

والخارِجُ لربِّ البَذرِ[1] في الوَجهَين في رِوايةٍ؛ اعتِبارًا بسائِر الْمُزارَعاتِ الفاسِدةِ.

وفي رِوايةٍ: لربِّ الأرضِ، ويَصيرُ مُستقرِضًا البَذرَ قابِضًا له باتِّصاله بأَرضه.

ولا تَصِحُّ الْمُزارَعةُ إلا على مُدّةٍ مَعلومةٍ؛ لِما مَرّ.

وأن يَكونَ الخارِجُ بينَهما مُشاعًا؛ ليَتحقَّق مَعنى الشِّرْكةِ، فإن شَرَطا لأحَدهما قُفزانًا مُسمّاةً فهي فاسِدةٌ؛ لجَواز أن لا تُخرِجَ الأرضُ إلا هذه القُفزانَ الْمُسمّاةَ، فيَكونُ هذا الشَّرطُ قاطِعًا للشِّرْكة حينَئذٍ، وصار كاشتِراط دَراهِمَ مَعدودةٍ لأحَدهما في الْمُضارَبة.

وكذا لو شَرَطا أن يَرفَعَ ربُّ البَذرِ بَذرَه من الخارِج، ويَكونُ الباقِي بينَهما نِصفَين؛ لجَواز أن لا تُخرِجَ الأرضُ إلا قَدرَ البَذرِ، فيُؤدِّيَ إلى قَطع الشِّرْكةِ.

وكذا إذا كانت الأرضُ خَراجيّةً، فشَرَطا رفعَ[2] الخَراجِ وأن يَكونَ الباقِي بينَهما نِصفَين.

---

(١) في (د): الأرض.

(٢) في (د): ربع.

وهذا إذا كان خَراجٌ مُوظَّفٌ؛ لأنه عسى لا تُخرِجُ إلا ذلك القَدْرَ.

فأما إذا كان خَراجَ مُقاسَمةٍ نحوَ الثُّلُثِ أو الرُّبعِ: فإنه يَجوزُ، كما لو شَرَطا رفعَ العُشرِ وقِسمةَ الباقِي، والأرضُ عُشريّةٌ، أو شَرَط ربُّ البَذرِ عُشرَ الخارِجِ لنفسه أو للآخَر، والباقِيَ بينَهما؛ لأنه مُشاعٌ، فلا يُؤدِّي إلى قَطع الشِّرْكةِ.

وكذا لو شَرَطا لأحَدهما ما على الْمَاذِيانات والسَّواقِي: تَفسُدُ؛ لجَواز أن لا يَخرُجَ إلا من ذلك الْمَوضِعِ، فيَكونَ الشَّرطُ قاطِعًا للشِّرْكة حينَئذٍ.

وكذا لو شُرِط[1] لأحَدهما ما يَخرُجُ من ناحِيةٍ مُعيَّنةٍ، وللآخَر ما يَخرُجُ من ناحِيةٍ أُخرى؛ لجَواز أن يَحصُلَ الرَّيعُ في النّاحِية الْمَشروطةِ لأحَدهما دونَ الآخرِ.

وكذا لو شُرِط[2] لأحَدهما التِّبنُ، وللآخَر الحَبُّ، أو شُرِط التِّبنُ نِصفَين، والحَبُّ لأحَدهما بعَينه؛ لأنه يَقطَعُ الشِّرْكةَ في الحَبّ، وهو الْمَقصودُ.

ولو شَرَطا الحَبَّ نِصفَين، وسَكَتا عن التِّبن: صَحَّت؛ لأنهما شَرَطا الشِّرْكةَ في ما هو الْمَقصودُ، والسُّكوتُ عن التَّبَع لا يُوجِبُ بُطلانَ العقدِ في الأَصل، ثم التِّبنُ يَكونُ لربِّ البَذرِ؛ لأنه نَماءُ مِلكِه، وغيرُه إنما يُستحَقُّ بالشَّرط، ولا شرطَ.

وقِيل: التِّبنُ بينَهما أيضًا؛ لأن الْمُعتبَرَ هو العُرفُ فيما لم يَنُصَّ عليه العاقِدان، ولأنه تَبَعٌ للحَبّ، فيُعطى له حُكمُه.

ولو شَرَطا الحَبَّ نِصفَين، والتِّبنَ لربِّ البَذرِ: صَحَّت؛ لأنه شرطٌ مُوافِقٌ لحُكم العقدِ؛ لأنه نَماءُ مِلكِه.

ولو شَرَطا التِّبنَ للآخَر فَسدت؛ لأنه شرطٌ مُخالِفٌ لِمُقتضى العقدِ، وهو يُؤدِّي

---

(١) في (ج): شرطا.

(٢) في (ج): شرطا.

إلى قَطع الشِّرْكةِ، فربما تُصيبُه آفةٌ ولا يَنعقِدُ الحبُّ، فلا يَخرُجُ إلا التِّبنُ.

وإذا فَسَدت الْمُزارَعةُ فالخارِجُ لربِّ البَذرِ؛ لأنه نَماءُ مِلكِه، والفرعُ إنما يُملَكُ بمِلك الأصلِ، وإنما يُستحَقُّ الأجرُ[1] بالتَّسمية، فإذا فَسَدت يَكونُ النَّماءُ كلُّه لربِّ البَذرِ.

فإن كان البَذرُ من ربِّ الأرضِ: فللعامِلِ أجرُ مِثلِه، وإن كان من قِبَل العامِلِ: فلربِّ الأرضِ أجرُ مِثلِ أرضِه؛ لأنه استَوفى مَنفَعةَ الأرضِ أو العامِلِ بعقدٍ[2] فاسِدٍ، فيَجِبُ ردُّها، وقد تَعذَّر ردُّ عَينِها، فتَجِبُ عليه قِيمتُها.

ولم يُزَد على ما شُرِط، وإن صَحَّت فعلى الشَّرط، فإن لم يَخرُج شيءٌ: فلا شيءَ للعامِلِ.

ثم عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَااللَّهُ: لا يُزادُ على ما شُرِط له في الْمُزارَعة؛ لِرضاه بسُقوط الزِّيادةِ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُاللَّهُ في الفَصلَين: له أجرُ مِثلِه بالِغًا ما بَلَغ، وقد مَرَّ في الشِّرْكة.

ولو كان البقَرُ والأرضُ لواحِدٍ، والعمَلُ والبَذرُ لآخَر، وفَسَدت الْمُزارَعةُ: فعلى العامِلِ أجرُ مِثلِ الأرضِ والبقَرِ؛ لأنه استَوفى مَنفَعةَ أرضِه وبقَرِه بحُكم عقدٍ فاسِدٍ، وقِيل: يَغرَمُ له مِثلَ أجرِ الأرضِ مَكروبةً.

فأما البقَرُ: فلا يَجوزُ أن يُستحَقَّ بعَقد الْمُزارَعةِ بحالٍ، فلا يَنعقِدُ العقدُ عليه صَحيحًا ولا فاسِدًا، ووُجوبُ أجرِ الْمِثلِ لا يَكونُ بدُون انعِقادِ العقدِ؛ إذ الْمَنافِعُ لا تُتقوَّمُ إلا بالعَقد.

والأصَحُّ: أن عقدَ الْمُزارَعةِ من جِنس الإجارةِ؛ لِما مَرّ، ومَنافِعُ البقَرِ يَجوزُ

(١) في (أ) و(ج) و(د): الآخر.

(٢) في (ج): بحكم عقد.

استِحقاقُها بعَقد الإجارةِ، فيَنعقِدُ عليها عقدُ الْمُزارَعةِ بصِفة الفَسادِ، ويَجِبُ أجرُ مِثلِها، كما يَجِبُ أجرُ مِثلِ الأرضِ.

وإذا فَسَدت الْمُزارَعةُ والبَذرُ من ربِّ الأرضِ: طاب له الخارِجُ كلُّه؛ لأنه نَماءُ مِلكِه خَرَج من أرضٍ مَملوكةٍ له.

وإن كان البَذرُ من العامِل: طاب له قَدْرُ بَذرِه وقَدْرُ ما غَرِم من أَجر مِثْلِ الأرضِ، وتَصدَّق بالفَضل؛ لأن النَّماءَ حَصَل من البَذر وخَرَج من الأَرض، والأَرضُ غيرُ مَملوكةٍ له، فأَثَّر في خُبث ما يَخرُجُ منه، فما سَلِم له بعِوَضٍ طاب له، وما لا عِوَضَ له تَصدَّق به.

وإن صَحَّت الْمُزارَعةُ: فالخارِجُ على الشَّرط، فالْمُسلِمون عندَ شُروطِهم، فإن لم تُخرِج الأرضُ شيئًا فلا شيءَ للعامِل؛ لأنها إن كانت إجارةً فالواجِبُ في العَقد الصَّحيحِ الْمُسمّى، وهو مَعدومٌ، فلا يُستحَقُّ غيرُه، وإن كانت شِرْكةً فالشِّرْكةُ في الخارِج لا في غيره، فلا يُستحَقُّ غيرُه.

بخِلاف ما إذا فَسَدت الْمُزارَعةُ ولم تُخرِج الأرضُ شيئًا؛ فإنه يَجِبُ أجرُ الْمِثلِ؛ لأنه إنما يَجِبُ أجرُ الْمِثلِ في الذِّمّة، وفَواتُ الخارِجِ لا يَمنَعُ وُجوبَه في الذِّمّة.

وأيٌّ أَبى عن الْمُضِيِّ أُجبِر، إلا ربَّ البَذرِ.

وإذا عُقِدت الْمُزارَعةُ، فامتنَع أحدُ العاقِدَين عن الْمُضِيِّ في العَقد.. فإن كان الْمُمتنِعُ من العَمَل ربَّ البَذرِ: فله ذلك؛ لأنه لا يَتوصَّلُ إلى الوَفاء بالعَقد إلا بإتلاف البَذرِ، وفيه ضرَرٌ يَلزَمُه، فلا يُجبَرُ على ذلك، كما لو استأجَر أجيرًا ليَهدِمَ دارَه.

وإن امتنَع الذي ليس من قِبَله البَذرُ: أجبَره الحاكِمُ على العَمَل؛ لأن الوَفاءَ به مُمكِنٌ بلا ضَرَرٍ يَلحَقُه، فلَزِم العقدُ، كما يَلزَمُ في سائِر الإجاراتِ، إلا اذا كان عُذرًا

تُفسَخُ به الإجارةُ، فتُفسَخُ به الْمُزارَعةُ.

ولو امتنَع ربُّ الأرضِ والبَذرُ من قِبَله، وقد كَرَب الْمُزارِعُ الأرضَ: فلا شيءَ له في عَمَل الكِرابِ؛ لأن عمَلَه إنما يُتقوَّمُ بالعَقد، والعقدُ قَوَّمه بجُزءٍ من الخارِج، ولا خارِجَ بعدُ.

قالُوا: هذا الجَوابُ في الحُكم، فأما فيما بينَه وبينَ ربِّه: فيلزَمُه أن يُعطيَ العامِلَ أجرَ مِثلِ عمَلِه؛ لأنه إنما اشتَغَل بإقامة هذه الأعمالِ ليَحصُلَ له نَصيبُه من الخارِج، فإذا أخَذ الأرضَ منه فقد غرَّه، والغُرورُ مَدفوعٌ، فيُفتى[1] بأن يَطلُبَ رِضاه.

وتَبطُلُ بمَوت أحَدِهما.

وتَبطُلُ الْمُزارَعةُ بمَوت أحدِ الْمُتعاقِدَين، كالإجارة، فلو كان دَفعَها إلى ثَلاث سِنينَ، فلَمّا نبَت الزَّرعُ في السَّنة الأُولى ولم يَستحصِد مات ربُّ الأرضِ: تُركت الأرضُ في يَد الْمُزارِعِ حتى يَستحصِدَ الزَّرعُ، ويُقسَمُ بالشَّرط، وتَنتقِضُ الْمُزارَعةُ في السَّنتَين الباقِيتَين؛ لأن في إبقاء العقدِ في السَّنة الأُولى مُراعاةَ الحقَّين[2]: حقِّ الْمُزارِعِ وحقِّ الوَرَثةِ، وفي القَلع إبطالًا[3] لحقِّ العامِلِ أصلًا، فكان الإبقاءُ أَولى.

فأما في السَّنة الثّانيةِ والثّالثةِ: فلا حاجةَ إلى الإبقاء؛ لأنه لم يَثبُت الحقُّ للمُزارِع في شيءٍ بعدُ، فعَمِلنا بالقِياس.

ولو مات ربُّ الأرضِ قبلَ الزِّراعةِ بعدَما كَرَب الأرضَ وحَفَر الأنهارَ: انتَقَضت الْمُزارَعةُ؛ لأنه ليس في ذلك إتلافُ مالٍ على الْمُزارِع، ولا شيءَ للعامِلِ بمُقابَلة العمَلِ؛

---

(١) في نسخة على هامش (ج): فينبغي.

(٢) في (هـ): الحقوق.

(٣) في (ب) و(هـ): إبطال.

لأنه يُتقوَّمُ بالخارِج، ولا خارِجَ، فلا يَجِبُ شيءٌ.

وإذا فُسِخت الْمُزارَعةُ بدَينٍ فادحٍ[1] لَحِق ربَّ الأرضِ، فاحتَاج إلى بَيعها: جاز، كما في الإجارة، وليس للعامِلِ أن يُطالِبَه بما كَرَب الأرضَ، وحَفَر الأنهارَ، وسَوّى الْمُسنّاةَ.. بشيءٍ؛ لأنه لا يَجوزُ أن يُطالِبَه بالْمُسمّى -وهو الخارِجُ- لأنه مَعدومٌ، ولا يَجوزُ أن يُطالِبَه بأَجر الْمِثلِ؛ لأنه إنما يَجِبُ عندَ فَسادِ العقدِ، ولم يَفسُد.

ولو نبَت الزَّرعُ ولم يَستحصِد: لم تُبَع الأرضُ في الدَّين حتى يَستحصِدَ الزَّرعُ؛ لأنه لو بِيع في الدَّين يُؤدِّي إلى إبطال حقِّ الْمُزارِعِ أصلًا، وفي التَّأخير إضرارٌ بالغُرَماء، ولكن ضرَرُ التَّأخيرِ أهوَنُ من ضَرَر الإبطالِ، فيَتأخَّرُ البيعُ في الدَّين إلى وَقت الحَصادِ.

ويُخرِجُه القاضِي من السِّجن إن كان حَبَسه في الدَّين؛ لأنه مَمنوعٌ عن بَيع الأرضِ، فلم يكن ظالِمًا، فلا يُحبَسُ؛ لأنه جَزاءُ الظُّلمِ.

فإن مَضَت الْمُدّةُ والزَّرعُ لم يُدرِك: على الْمُزارِع أجرُ مِثلِ أرضِه حتى يُدرِكَ.

فإن مَضَت مُدّةُ الْمُزارَعةِ والزَّرعُ لم يُدرِك: كان على الْمُزارِع أجرُ مِثلِ نِصفِ الأرضِ لصاحِب الأرضِ إلى أن يَستحصِدَ؛ لأنه استَوفى مَنفَعةَ نِصفِ الأرضِ لتَربية[2] حِصّتِه فيها إلى وَقت الإدراكِ؛ وهذا لأن الْمُدّةَ إذا انقَضَت فقد انتَهى العقدُ، إلا أن في قَلعه ضرَرًا، فبَقَّينا العقدَ بالأُجرة، كما في الإجارة.

ونَفَقةُ الزَّرعِ عليهما.

والنَّفَقةُ على الزَّرع عليهما على مِقدار حُقوقِهما حتى يَستحصِدَ؛ لأنه عمَلٌ في مالٍ مُشترَكٍ حيث انتَهى العقدُ بانتِهاء الْمُدّةِ، واستِحقاقُ العمَلِ على العامِلِ إنما كان في

---

(١) في (هـ) و(ز): قادح.

(٢) في (هـ): لثبوت.

الْمُدّة بالعَقد، ولم يَبقَ.

وهذا بخِلاف ما إذا مات ربُّ الأرضِ والزَّرعُ بَقْلٌ؛ حيث يَكونُ العمَلُ فيه على العامِلِ؛ لأن العقدَ ثَمَّ يَبقى في مُدّته، فأما هنا: فقد انتهَت الْمُدّةُ، فانتَهى العقدُ، فلم يَختصَّ العامِلُ بالعَمَل.

فإن أنفَق أحَدُهما بغَير أمرِ صاحِبه ولا أمرِ قاضٍ: فهو مُتطوِّعٌ في النَّفَقة؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما غيرُ مُجبَرٍ على الإنفاق، فصار كالدّار الْمُشتركةِ بينَهما إذا استرمَّت، فأنفَق أحَدُهما في مَرَمّتها بغَير أمرِ صاحِبه: كان مُتطوِّعًا في ذلك.

ولو أَراد ربُّ الأرضِ أن يَأخُذَ الزَّرعَ بَقْلًا لم يكن له ذلك؛ لأنه إضرارٌ بالْمُزارِع.

ولو أَراد الْمُزارِعُ أن يَأخُذَه بَقْلًا قِيل لربِّ الأرضِ: (اقلَع الزَّرعَ، فيَكونُ بينكما، أو أعطِه قِيمةَ نَصيبِه، أو أنفِق أنت على الزَّرع، وارجِع بما تُنفِقُه في حِصّته)؛ لأن الْمُزارِعَ إذا امتنَع عن العَمَل لم يُمكِن[1] الإجبارُ عليه بعدَ مُضِيِّ الْمُدّةِ؛ لانتِهاء العقدِ، فبَقِي الزَّرعُ مُشتركًا بينَهما، فيُخيَّرُ ربُّ الأرضِ بينَ هذه الخِياراتِ؛ لأن بكلِّ واحِدٍ منها يَندفِعُ الضَّرَرُ.

ولو مات الْمُزارِعُ بعدَ نَباتِ الزَّرعِ، فقالت وَرَثُته: (نحن نَعمَلُ إلى أن يَستحصِدَ الزَّرعُ)، وأَبى ربُّ الأرضِ: فلهم ذلك؛ لأنهم قائِمون مَقامَ الْمُورِّثِ في مِلك نَصيبِه من الزَّرع، فيَقومون مَقامَه في العَمَل.

وليس في إِبقاء العقدِ إضرارٌ بربِّ الأرضِ، وفي القَلع إضرارٌ بالوَرَثة، فكان إبقاءُ العقدِ أحقَّ، وإذا بَقِي العقدُ فلا أجرَ للوَرَثة فيما يَعمَلون؛ لأنهم عَمِلوا بمُوجَب العقدِ.

فإن أَراد الوَرَثةُ قلعَ الزَّرعِ: لم يُجبَروا على العَمَل؛ لأن الحُكمَ ببَقاء العقدِ للنَّظَر

---

(١) في (د) و(هـ) و(ز): يكن.

لهم، فلا يُمكِنُ الإلزامُ، والمالِكُ على الخِيارات الثَّلاثةِ، كما بيَّنّا.

كأَجر الحِصَادِ[1]، والرِّفاعِ[2]، والدِّياسةِ[3]، والتَّذرِيةِ[4]: عليهما بالحِصَص[5]، فإن شَرَطا على العامِلِ: فَسَدت(س).

وكذلك أجرُ الحَصادِ، والرِّفاعِ، والدِّياسةِ، والتَّذرِيةِ: عليهما بالحِصَص، فإن شَرَطاه في الْمُزارَعة على العامِلِ: فَسَدت.

وهذا الحُكمُ عامٌّ في جَميع الْمُزارَعاتِ، غيرُ مُختصٍّ بصُورة انقِضاءِ الْمُدّةِ والزَّرعُ لم يُدرِكْ؛ وهذا لأن الْمُزارَعةَ تَنتَهي باستِحصاد الزَّرعِ، حتى لو دَفَعه مُعامَلَةً بعدَما استَحصَد ليُقيمَ فيه الأعمالَ بالثُّلُث: لم يَجُز، فلم يكن الحَصادُ من عَمَل الْمُزارَعةِ في شيءٍ، فكان شرطُه مُفسِدًا للعَقد؛ لأنه شرطٌ لا يَقتَضيه العقدُ، وفيه مَنفَعةٌ لأحدهما، فيُفسِدُ العقدَ، كشَرط الحملِ أو الطَّحنِ على العامِلِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَجوزُ إذا شُرِط ذلك على الْمُزارِع؛ لأنه مُتعارَفٌ، وصار كشَرط حَذْوِ النَّعلِ على البائِع، وهو اختِيارُ مَشايخِ بَلْخٍ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ؛ وهذا لأن الْمَعروفَ كالْمَشروط، فقد جَوَّزنا الاستِصناعَ للعُرف وإن كان القِياسُ يَأباه، فهذا مِثلُه.

---

(١) حصد الزرع وغيره: أي قَطَعه، وبابه ضرب ونصر... وهذا زمن الحصاد بفتح الحاء وكسرها. «المختار» ص٧٤.

(٢) الرفاع: أن يُرفع الزرع إلى البيدر بعد الحصاد، والكسر لغة، يقال هذه أيام الرِّفاع. «المغرب» ص١٩٣.

(٣) الدياسة في الطعام: أن يوطأ بقوائم الدواب، أو يكرر عليه المدوس، يعني الجرجر، حتى يصير تبنًا. «المصباح» ١/ ٢٠٣.

(٤) ذَرَّيتُ الطعام تذرية: إذا خلَّصتُه من تبنه. «المصباح» ١/ ٢٠٨.

(٥) قوله: (عليهما بالحصص) مثبت من (م).

قال شمسُ الأئِمّةِ السَّرخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الْمَبسوط»: وهذا هو الصَّحيحُ في دِيارنا.

والأصلُ: أن ما كان من عمَلٍ قبلَ الإدراكِ، كالحِفظ والسَّقيِ: فهو على العامِلِ؛ لأن العقدَ عليه، وما كان من عمَلٍ بعدَ تَمامِ الإدراكِ قبلَ القِسمةِ، كالحَصاد والدِّياسةِ والرِّفاعِ والتَّذريةِ: فهو عليهما؛ لأن الخارِجَ مِلكُهما، فالْمُؤنةُ فيه عليهما بقَدْرِ الْمِلكِ.

وما كان من عمَلٍ بعدَ القِسمةِ، كالحَمل إلى البَيت والطَّحنِ: فهو على كلِّ واحِدٍ منهما في نَصيبه خاصّةً؛ لأن بالقِسمة تَميَّزَ مِلكُ أحَدِهما عن الآخَر، فيَكونُ التَّدبيرُ في مِلك كلِّ واحِدٍ منهما إليه.

والْمُعامَلةُ على هذا القِياسِ.. ما كان قبلَ إدراكِ الثَّمرِ، كالسَّقي والتَّلقيحِ والحِفظِ: فهو على العامِلِ، وما كان بعدَ الإدراكِ، كالجِداد[1] والحِفظِ: فهو عليهما.

ولو شَرَطا الجِدادَ[2] على العامِلِ لا يَجوزُ بالاتِّفاق؛ لعَدَمِ العُرفِ فيه.

وإنما تَرَكَ أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ القِياسَ في الحَصاد: للتَّعامُل، ولا تَعامُلَ هنا.

وما كان بعدَ القِسمةِ: فهو على كلِّ واحِدٍ منهما؛ لِما مَرّ.

ولو شَرَطا الحَصادَ في الزَّرع على ربِّ الأرضِ: لم يَجُز إجماعًا؛ لأنه لا عُرفَ فيه.

ولو أَراد[3] قصلَ القَصيلِ[4]، أو جدَّ التَّمرَ بُسرًا، أو التِقاطَ الرُّطَبِ: فهو عليهما؛

---

(١) في (هـ): كالجذاذ، وفي نسخة على هامش (ج): كالجذاد.

(٢) في (هـ): الجذاذ، وفي (ز): الجذاد.

(٣) في (ب) و(هـ) و(ز): أرادا.

(٤) قال في «المصباح» ٢/ ٥٠٦: قصلته قَصْلاً من باب ضرب: قطعته، فهو قصيل ومقصول، ومنه القصيل، وهو: الشعير يجز أخضر لعلف الدواب، قال الفارابي: سمي قصيلًا لأنه يقصل وهو رطب، وقال ابن فارس: لسرعة انفصاله وهو رطب.

لأنهما إذا اتَّفقا على القَطع فكأنهما أَنهيا العقدَ، فصار كالحَصاد بعدَ التَّناهِي.

ما شُرِط للعَبد الْمَديونِ بلا فِعلٍ: لربِّ البَذرِ(س م).

وإذا كان البَذرُ من ربِّ الأرضِ، وشَرَط ثُلُثَ الخارِجِ لنفسه، وثُلُثَه للمُزارِع، وثُلُثَه لعبدٍ مَأذونٍ مَديونٍ للمُزارِع، ولم يَشترِط العمَلَ على العَبد: فالْمَشروطُ للعَبد يَكونُ لربِّ البَذرِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ على قَول من يُجيزُ الْمُزارَعةَ؛ لأن الْمَولى لا يَملِكُ كسبَ عبدِه الْمَأذونِ الْمَديونِ عندَه، فصار شرطُه للعَبد بغَير عمَلٍ كشَرطه للأجنَبيِّ بغَير عمَلٍ، فلا يَستحِقُّه، بل يَبقى لربِّ البَذرِ بمِلكه البَذرَ لا بالشَّرط.

وقالا: هو للمُزارِع؛ لأن مَولاه يَملِكُ كسبَه، فصار شرطُه للعَبد بغَير عمَلٍ شرطًا لِمَولاه.

(إن تَزرَعْه في رَجَبٍ فلك النِّصفُ، وإلا ثُلُثُه): صحَّ الأوَّلُ فقط(س م).

ولو قال: (إن تَزرَعْه في رجَبٍ فلك النِّصفُ، وإلا ثُلُثُه): فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: صَحَّ الشَّرطُ الأوَّلُ، وفَسَد الشَّرطُ الثّانِي، وعندَهما: صَحَّ الشَّرطان، وقد مَرَّ الوَجهان.

قال ربُّ الأرضِ: (دَفعتُ بنِصفه)، وذا قال: (بنِصفه وكذا قَفيزًا): صُدِّق الدّافعُ.

ولو قال ربُّ الأرضِ: (دَفعتُ الأرضَ بالنِّصف)، وقال الْمُزارِعُ: (لا، بل شَرطتَ لي نِصفَ الخارِجِ وزِيادةَ عشَرةِ أقفِزةٍ)، وكان ذلك قبلَ العمَلِ: فالقولُ لربِّ الأرضِ على قِياس قولِ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، على[1] قَول من أَجاز الْمُزارَعةَ؛ لأن القولَ لِمُدَّعي الصِّحّةِ عندَه، كما في السَّلَم، وعندَهما: القولُ للمُزارِع؛ لإنكاره لُزومَ العمَلِ عليه.

وإن اختَلَفا بعدَ فَراغِه من العَمَل: فالقولُ لربِّ الأرضِ عندَهم؛ لأنه لا إنكارَ من

---

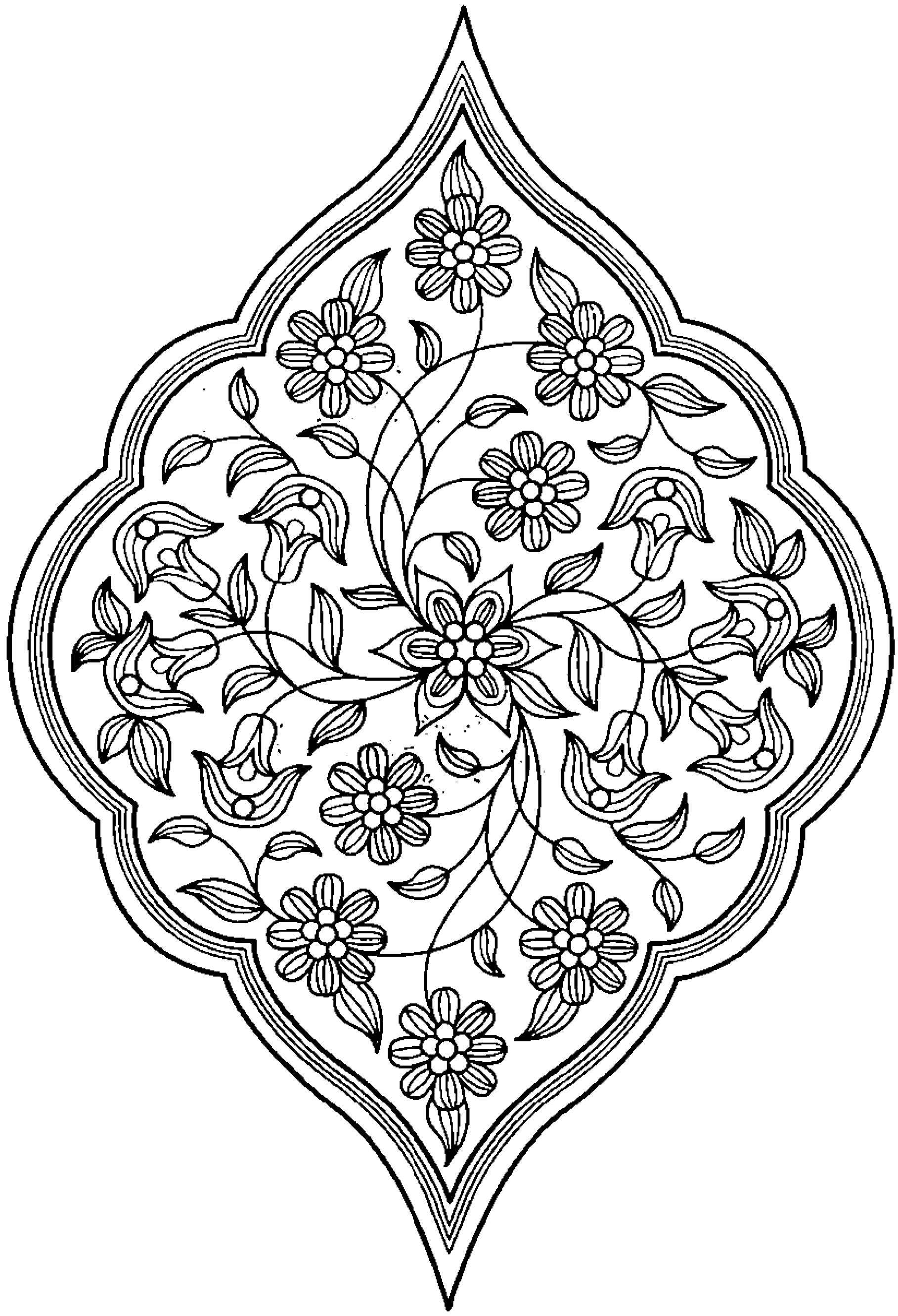
(١) في (هـ): وعلى.

الْمُزارِع؛ لأنه إذا فَرَغ من العَمَل لا يُمكِنُ أن يُقالَ: إنه أنكر لُزومَ العمَلِ عليه.

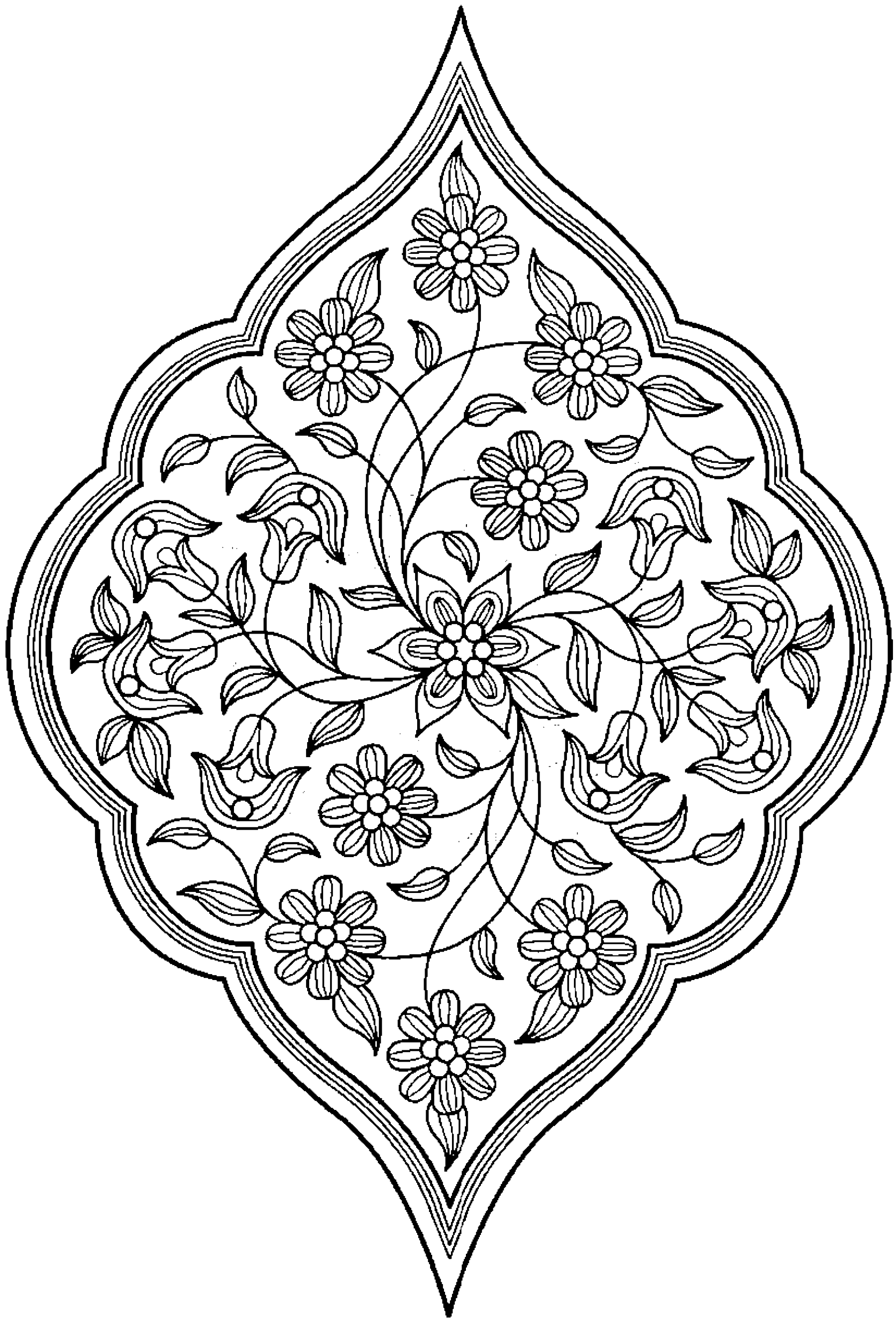
دَفَع على أن لذا ثُلُثًا، ولذا تِسعين قِفيزًا: فَسَد(س م) في الكلّ.

ولو دَفَع أرضَه إلى رَجُلَين على أن يَزرَعاها ببَذرهما، على أن لأحَدهما ثُلُثَ الخارِجِ، وللآخَر تِسعين قَفيزًا من الخارِج: تَفسُدُ الْمُزارَعةُ في الكلِّ عندَه؛ لأن الْمُزارَعةَ على أن يَكونَ لأحَدهما قُفزانٌ مُسمّاةٌ من الخارِج فاسِدةٌ عندَهم، والصَّفْقةُ مُتَّحِدةٌ، فيَفسُدُ الكلُّ عندَه، كما هو أصلُه.

وعندَهما: جاز في حقِّ صاحِبِ الثُّلُثِ، ويَفسُدُ في حقِّ من شُرِط له تِسعون قَفيزًا من الخارِج؛ لِما عُرِف.



كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ



كِتَابُ المُسَاقَاةِ

كِتابُ الْمُساقاةِ[1]

هي: مُفاعَلةٌ من السَّقي، وهي: الْمُعامَلةُ في الأَشجار ببَعض الخارِجِ منهما.

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمُساقاةُ بجُزءٍ من الثَّمَر مُشاعًا باطِلةٌ، وقالا: جائِزةٌ إذا سَمّى جُزءًا من الثَّمَر مُشاعًا.

هي كالْمُزارَعة.

والكَلامُ فيه كالكَلام في الْمُزارَعة.

وشُرِط تَسميةُ الجُزءِ مُشاعًا؛ إذ شرطُ جُزءٍ مُعيَّنٍ يَقطَعُ الشَّرْكَةَ.

وقال الشّافعيُّ ومالِكٌ رَحِمَهُمَااللَّهُ: الْمُعامَلةُ جائِزةٌ.

ولا تَجوزُ الْمُزارَعةُ إلا تبَعًا للمُعامَلة، وشرطُ التَّبَعيّةِ عندَ مالِكٍ: أن يَكونَ الأصلُ ضِعفَ التَّبَعِ؛ لأن به تَتحقَّقُ التَّبَعيّةُ.

والْمُعامَلةُ إنما تَصِحُّ عندَه إذا شُرِط النَّفَقاتُ كلُّها على العامِلِ؛ لأنه[2] من تَمام العمَلِ.

(١) المساقاة لغةً: من السقي. وشرعًا: معاقدةُ جائزِ التصرف مثلَه على نخل أو كرم مغروس، معين مرئي، مدةً يثمر فيها غالبًا، بجزء معلوم بينهما من الثمرة. «التوقيف» ص٣٠٤.

(٢) في (ب): لأنها.

لهما: أن الأصلَ في هذا[1] الْمُضارَبةُ، والْمُعامَلةُ أشبَهُ بالْمُضارَبة من الْمُزارَعة[2]؛ فإن في الْمُعامَلة الشِّرْكةَ في الزِّيادة دونَ الأصلِ، وهو النَّخيلُ، كما في الْمُضارَبة الشِّرْكةُ في الرِّبح دونَ رأسِ المالِ، وفي الْمُزارَعة لو شَرَطا الشِّرْكةَ في الفَضل دونَ أصلِ البَذرِ، بأن شَرَطا رفعَ البَذرِ من رَأس الخارِجِ: لم يَجُز العقدُ.

فجَوَّزنا الْمُعامَلةَ مَقصودًا، ولم نُجوِّز الْمُزارَعةَ إلا تبَعًا في ضِمن الْمُعامَلةِ، وقد يَصِحُّ العقدُ في الشَّيءِ تبَعًا وإن كان لا يَصِحُّ مَقصودًا، كالوَقف في الْمَنقول تبَعًا لوَقف العَقارِ، وبيعِ الشِّربِ تبَعًا لبيع الأرضِ.

ولو دَفَع نخلًا أو شجَرًا أو كَرْمًا مُعامَلةً بالنِّصف، ولم يَذكُر مُدّةً مَعلومةً: لم يَجُز قِياسًا؛ لأنه استِئجارٌ للعامِل، وفي هذا لا يَصيرُ الْمَعقودُ عليه مَعلومًا إلا ببَيان الْمُدّةِ، فإذا لم يُبيِّنا لم يَجُز العقدُ، كما في الْمُزارَعة.

وفي الاستِحسان: إذا لم يُبيِّن الْمُدّةَ يَجوزُ، ويَقَعُ على أوَّل ثمرٍ يَخرُجُ في أوَّل السَّنةِ؛ لأن لإدراك الثَّمَرِ وقتًا مَعلومًا عادةً، والثّابتُ عادةً كالثّابِت شرطًا، فصارت الْمُدّةُ مَعلومةً، وإن تَقدَّم أو تَأخَّر فذلك يَسيرٌ لا يَقَعُ بسَبَبه مُنازَعةٌ عادةً، وقد تَيقَّنّا بأن[3] العقدَ تَناوَل أوَّلَ ثَمَرةٍ، وفيما وراءَ ذلك شكٌّ، فلا يَثبُتُ إلا بالْمُتيقَّن[4]، حتى إذا لم تَخرُج الثَّمَرةُ في تلك السَّنةِ انتَقَضت الْمُعامَلةُ؛ لأن العقدَ لم يَتناوَل إلا ذلك القَدْرَ من الْمُدّة، فكأنهما نَصّا على ذلك.

---

(١) في (هـ) و(ز): هذه.

(٢) في (ب): أشبه بالمزارعة من المضاربة.

(٣) في (ز): وقد بيَّنّا أن.

(٤) في (ز): المتيقن.

بخِلاف الْمُزارَعةِ؛ فإن آخِرَ الْمُدّةِ ثَمَّ مَجهولةٌ بجَهالة[1] أوَّلِها؛ لأن ما يُزرَعُ في الخَريف يُدرِكُ في آخِر الرَّبيعِ، وما يُزرَعُ في الرَّبيع يُدرِكُ في آخِر الصَّيفِ، وما يُزرَعُ في الصَّيف يُدرِكُ في آخِر الخَريفِ[2]، فلجَهالة[3] وقتِ ابتِداءِ عمَلِ الْمُزارَعةِ يَصيرُ وقتُ انتِهائِه مَجهولًا، وهذه جَهالةٌ مُفضيةٌ إلى الْمُنازَعة، فلهذا لا يَجوزُ العقدُ إلا ببَيان الْمُدّةِ.

ولو دَفَع إليه رَطْبةً قد انتَهى جِزازُها على أن يَقومَ عليها ويَسقِيَها حتى يَخرُجَ بزرُها[4]، على أن ما رَزَق اللهُ تَعالى في ذلك من بِزرٍ فهو بينَهما نِصفان، ولم يُسمِّيا وقتًا: فهو جائِزٌ استِحسانًا؛ لأن لإدراك البِزرِ وقتًا مَعلومًا عندَ الْمُزارِعين، والبِزرُ إنما يَحصُلُ بعَمَل العامِلِ، فاشتِراطُ الْمُناصَفةِ فيه يَكونُ صَحيحًا، والرَّطْبةُ لصاحِبها.

ولو دَفَع إليه غِرسًا قد عَلِق في الأَرض ولم يَبلُغ الثَّمرَ مُعامَلةً، على أن يَقومَ عليه ويَسقِيَه، فما خَرَج فهو بينَهما نِصفان: فهي فاسِدةٌ، إلا أن يُبيِّنا الْمُدّةَ؛ لأن الشَّجرَ يَتفاوَتُ في ذلك بتَفاوُت الأَراضِي بالقُوّة والضَّعفِ.

فإن بَيَّنا مُدّةً مَعلومةً صار مِقدارُ الْمَعقودِ عليه من عَمَل العامِلِ مَعلومًا، فيَجوزُ، وإن لم يُبيِّنا مُدّةً لم يَجُز.

ولو دَفَع إليه أُصولَ رَطْبةٍ على أن يَقومَ عليها ويَسقِيَها حتى تَذهَبَ أُصولُها، ويَنقطِعَ نَبتُها، على أن الخارِجَ بينَهما: فهو فاسِدٌ، وكذا النَّخلُ والشَّجرُ؛ لأنه ليس لانقِطاعها نِهايةٌ مَعلومةٌ عادةً، وجَهالةُ الْمُدّةِ في الْمُعامَلة تُفسِدُ الْمُعامَلةَ.

---

(١) في (أ) و(ب) و(د): لجهالة.

(٢) في (ب): في آخر الشتاء لا الخريف.

(٣) في (ج): فبجهالة.

(٤) في (ب) و(د) و(هـ): بذرها. وكذلك في المواضع الثلاثة الآتية.

وكذا لو دَفَع إليه أُصولَ رَطْبةٍ نابِتةٍ في الأَرض مُعامَلةً، ولم يُسَمِّ الوقتَ: فهو فاسِدٌ؛ لأن الرَّطْبَةَ ليست لها غايةٌ يُنتهى إليها في نُمُوِّها، ولكنها تَنمو ما تُرِكت في الأَرض، بخِلاف الثِّمارِ؛ فإن لها غايةً يُنتهى إليها، فإذا تُرِكت بعدَ ذلك تَفسُدُ.

ولو دَفَع نخلًا وشجَرًا وكَرْمًا[1] مُعامَلةً أشهُرًا مَعلومةً يُعلَمُ[2] أنها لا تَخرُجُ ثَمرةٌ في تلك الْمُدّةِ: تَفسُدُ الْمُعامَلةُ؛ لأن الْمَقصودَ بالْمُعامَلة الشِّرْكةُ في الخارِجِ، وهذا الشَّرطُ يَمنَعُ ما هو الْمَقصودُ، فيَكونُ مُفسِدًا للعَقد.

وإن اشترَطا مُدّةً قد يَبلُغُ الثَّمرُ في تلك الْمُدّةِ وقد يَتأَخَّرُ عنها: جازت؛ لأنّا لا[3] نَعلَمُ بفَوات مُوجَبِ العقدِ بهذا الشَّرطِ، وإنما يُتوهَّمُ ذلك، وهذ التَّوهُّمُ مُتحقِّقٌ في كلِّ مُعامَلةٍ ومُزارَعةٍ، بأن يَصطلِمَ الزَّرعَ أو الثَّمرَ آفةٌ سَماويّةٌ.

فإن خَرَج الثَّمرُ في تلك الْمُدّةِ: فهو بينَهما على ما شَرَطا؛ لصِحّة العقدِ، وإن تأَخَّر عن تلك الْمُدّةِ: فللعامِلِ أجرُ مِثلِه؛ لفَساد العقدِ؛ لأنه تَبيَّنَ[4] أنهما سَمَّيا مُدّةً لا تَخرُجُ الثِّمارُ فيها، ولو كان ذلك مَعلومًا عندَ ابتِداءِ العقدِ لكان العقدُ فاسِدًا، فكذا إذا تَبيَّن في الانتِهاء.

بخِلاف ما إذا لم يَخرُج أصلًا؛ لأنه بما حَدَث من الآفة لا يَتبيَّنُ أن الثِّمارَ لا تَخرُجُ في الْمُدّة الْمَذكورةِ، فلم يَتبيَّن الْمُفسِدُ، فبَقِي العقدُ صَحيحًا، ومُوجَبُه الشِّرْكةُ في الخارِجِ، ولا خارِجَ، فلم يكن لواحِدٍ منهما على صاحِبه شيءٌ.

---

(١) في (ج): نخلاً أو شجرًا أو كرمًا.

(٢) في (ب) و(ز): فعلم.

(٣) سقطت من (ب).

(٤) في (ب) و(د): يتبين.

وتَصِحُّ(ح) في الشَّجَر، والكَرْمِ، والرِّطابِ، وأُصولِ الباذِنجانِ إن كانَت تَزيدُ بالعَمَل، وإن انتَهت لا، كالمُزارَعة.

وتَصِحُّ الْمُساقاةُ في النَّخل، والشَّجَرِ، والكَرْمِ، والرِّطابِ، وأُصولِ الباذِنجانِ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تَجوزُ الْمُعامَلةُ إلا في النَّخيل والكُرومِ؛ لأن جَوازَها بالأثَر، وإنما وَرَد الأثَرُ في النَّخيل والكُرومِ، وهو ما فَعَله رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بخَيبَر[1].

ولنا: أن جَوازَها للحاجة، وهي تَعُمُّ الكلَّ، وأهلُ خَيبَرَ يَعمَلون في الأشجار والرِّطابِ أيضًا، ولأن الأصلَ في النُّصوص التَّعليلُ، خُصوصًا على أَصله، فإنه يَقولُ به، ولا يُشترَطُ إقامةُ الدَّليلِ على أن هذا الأصلَ مَعلولٌ في الحال.

وعندَنا: وإن كان الأصلُ في النُّصوص التَّعليلَ.. ولكن لا بُدَّ من إقامة الدَّليلِ على أن هذا النَّصَّ في الحال مَعلولٌ، فلا تَستقيمُ منه دَعوى قصرِ حُكمِ الْمُعامَلةِ على النَّخيل والكُرومِ باعتِبار وُرودِ الأثَرِ فيها.

وليس لربِّ الكَرْمِ أن يُخرِجَ العامِلَ إلا من عُذرٍ، وكذا ليس للعامِلِ أن يَترُكَ العمَلَ بغَير عُذرٍ، بخِلاف ما لو دَفَع البَذرَ والأرضَ مُزارَعةً؛ لأن في إلقاء بَذرِه في الأرض إتلافَ مِلكِه، فله أن لا يَرضى به.

وهنا لا يَحتاجُ ربُّ الكَرْمِ في إبقاء العقدِ إلى إتلاف شيءٍ من ماله، فيَلزَمُ العقدُ من الجانِبَين، ولا يَنفرِدُ واحِدٌ منهما بفَسخه إلا بعُذرٍ، كسائِر الإجاراتِ.

فإن دَفَع نخلًا فيه ثَمرةٌ مُساقاةً، والثَّمرُ يَزيدُ بالعَمَل: جازت، وإن كانت قد انتَهت لم تَجُز، وكذا على هذا إذا دَفَع الزَّرعَ وهو بَقْلٌ جاز، وإن استَحصَد وأدرَك لم يَجُز؛

(١) تقدم تخريجه.

لأن الشَّرْكةَ بعَقد الْمُعامَلةِ إنما تَصِحُّ فيما يَحدُثُ بعَمَل العامِلِ أو يَزدادُ بعَمَله، ولا أثَرَ للعَمَل[1] بعدَ الإدراكِ، فلو جَوَّزناه لكان استِحقاقًا بلا عمَلٍ، فيَكونُ خِلافَ مَوضوعِ الْمُعامَلةِ، بخِلاف ما قبلَ التَّناهِي؛ للحاجة إلى العَمَل.

وإن فَسَدت: فللعامِلِ أجرُ مِثلِه.

وإذا فَسَدت الْمُساقاةُ: فللعامِلِ أجرُ مِثلِه؛ لأنه في مَعنى الإجارةِ الفاسِدةِ، كالْمُزارَعة إذا فَسَدت.

وتَبطُلُ بالْمَوت.

وتَبطُلُ الْمُساقاةُ بالْمَوت؛ لأن ربَّ الأرضِ استَأجَر العامِلَ ببَعض الخارِجِ.

ولو استَأجَره بدَراهِمَ بَطَلت الإجارةُ بمَوت أحَدِهما أيِّهما مات، فكذا إذا استَأجَره ببَعض الخارِجِ.

فإن مات ربُّ الأرضِ والخارِجُ بُسرٌ: انتَقَضت الْمُعامَلةُ قِياسًا، وكان البُسرُ بينَ وَرَثةِ ربِّ الأرضِ وبينَ العامِلِ نِصفَين.

وفي الاستِحسان: لا تَنتَقِضُ، وللعامِلِ أن يَقومَ عليه كما كان يَقومُ حتى يُدرِكَ الثَّمَرُ، وإن كَرِه ذلك وَرَثةُ ربِّ الأرضِ؛ لأن في انتِقاض العقدِ بمَوت ربِّ الأرضِ إضرارًا بالعامِلِ، وإبطالًا لِما كان مُستحَقًّا له بعَقد الْمُعامَلةِ، وهو تركُ الثِّمارِ في الأشجار إلى وَقت الإدراكِ، وإذا انتَقَض العقدُ يُكلَّفُ الجِدادَ قبلَ الإدراكِ، وفيه ضَرَرٌ عليه، ولَمّا جاز نقدُ الإجارةِ لدَفع الضَّرَرِ[2].. لأَن يَجوزَ إبقاؤُها لدَفع الضَّرَرِ أَولى.

---

(١) في (ب) و(د): للعامل.

(٢) في (ج): الضرر عنهما.

فإن قال العامِلُ: (أنا آخذُ[1] نِصفَ البُسرِ): فله ذلك؛ لأن إبقاءَ العقدِ لدَفع الضَّرَرِ عنه، فإذا رَضِي بالتِزام الضَّرَرِ انتَقَض العقدُ بمَوت ربِّ الأرضِ، إلا أنه لا يَملِكُ إلحاقَ الضَّرَرِ بوَرَثة ربِّ الأرضِ، فيَثبُتُ الخِيارُ.. إن شاؤُوا صَرَموا البُسرَ فقَسَموه على الشَّرط، وإن شاؤُوا أعطَوه نِصفَ قِيمةِ البُسرِ، وصار البُسرُ كلُّه بينَهم، وإن شاؤُوا أنفَقوا على البُسر حتى يَبلُغَ، ورجَعوا بنِصف نَفَقتِهم في حِصّة العامِلِ من الثَّمَر، كما مَرَّ في الْمُزارَعة.

وإن مات العامِلُ: فلوَرَثته أن يَقوموا عليه وإن كَرِهه ربُّ الأرضِ؛ لأنهم قائِمون مَقامَه، وفيه نظَرٌ للجانِبَين.

فإن قالت الوَرَثةُ: (نحن نَصرِمُه بُسرًا): فلربِّ الأرضِ الخِياراتُ الثَّلاثُ التي بيَّنّا آنِفًا.

ولو ماتا: فالخِيارُ في القِيام عليه أو تركِه إلى وَرَثة العامِلِ؛ لقِيامهم مَقامَ العامِلِ، وقد كان له في حَياته هذا الخِيارُ بعدَ موتِ ربِّ الأرضِ، فكذا يَكونُ لوَرَثته بعدَ موتِه.

وليس هذا من باب تَوريثِ الخِيارِ، بل من باب خِلافةِ الوارِثِ الْمُورِّثَ فيما هو حقٌّ ماليٌّ مُستحَقٌّ له، وهو تركُ الثِّمارِ على الأَشجار إلى وَقت الإدراكِ.

فإن أبى وَرَثةُ العامِلِ أن يَقوموا عليه: كان الخِيارُ في ذلك لوَرَثة ربِّ الأرضِ على ما وَصَفنا.

ولو لم يَمُت واحِدٌ منهما، ولكن انقَضَت مُدّةُ الْمُعامَلةِ والخارِجُ بُسرٌ: فهذا والأوَّلُ سَواءٌ، والخِيارُ فيه إلى العامِلِ، فإن شاء عَمِل على ما كان يَعمَلُ حتى يَبلُغَ الثَّمَرُ، ويَكونُ بينَهما على ما شَرَطا؛ لأن في الأَمر بالجِداد قبلَ الإدراكِ إضرارًا بهما،

(1) في (ج): أجد، وفي (أ) و(د) غير منقوطة. وانظر «المبسوط» ٢٣/ ٥٦.

والضَّرَرُ مَدفوعٌ، وقد مَرَّ نَظيرُه في الزَّرع، إلا أن هناك العامِلَ إذا اختار التَّركَ فعليه أجرُ مِثلِ نِصفِ الأرضِ؛ لأن استِئجارَ الأرضِ صَحيحٌ؛ فإن من اشتَرى زرعًا في أرضٍ، ثم استَأجَر الأرضَ مُدّةً مَعلومةً: جاز.

ولو استَأجَرها إلى وَقت الإدراكِ وَجَب أجرُ الْمِثلِ، أما الشَّجَرُ: فلا يَجوزُ استِئجارُه، حتى لو اشتَرى ثِمارًا على رُؤوس الأشجارِ، ثم استَأجَر الأشجارَ إلى وَقت الإدراكِ: لا يَجِبُ عليه أجرٌ.

وإذا ظَهَر هذا الفرقُ يَنبَني عليه فرقٌ آخرُ، وهو: أن العمَلَ هناك عليهما بحَسَب مِلكِهما في الزَّرع[1]؛ لأن ربَّ الأرضِ لَمّا استَوجَب الأجرَ على العامِلِ لا يَستوجِبُ عليه العمَلَ في نَصيبه بعدَ انتِهاءِ الْمُدّةِ، وهنا العمَلُ عل العامِلِ في الكلّ؛ لأنه لا يَستوجِبُ ربُّ النَّخلِ عليه أجرًا بعدَ انقِضاءِ الْمُدّةِ، كما كان لا يَستوجِبُ عليه ذلك قبلَ انقِضاءِ الْمُدّةِ، فيَكونُ العمَلُ كلُّه على العامِلِ إلى وَقت الإدراكِ، كما قبلَ انقِضاءِ الْمُدّةِ.

وتُفسَخُ بالعُذر، كالْمُزارَعة.

وتُفسَخُ بالعُذر، كالْمُزارَعة؛ لِما مَرَّ في الإجارات، وقد مَرَّ وُجوهُ العُذرِ فيها.

ومن جُملتها: أن يَكونَ العامِلُ سارِقًا مَعروفًا بالسَّرِقة، يُخافُ منه[2] سَرِقةُ الثَّمرِ والسَّعَفِ قبلَ الإدراكِ؛ لأنه يَلزَمُ ربَّ الأرضِ ضرَرٌ لم يَلتزِمه، فتُفسَخُ به.

ومنها: مَرَضُ العامِلِ إذا كان يُضعِفُه عن العَمَل؛ لأن في إلزام استِئجارِ الأُجَراءِ

---

(١) في (هـ): الأرض.

(٢) كذا في (هـ) ونسخة في (ز)، وفي الباقي: عليه. وعبارة «الأصل» ١٠/ ٦٢: يخاف على فساد النخل وأخذ سعفه وسرقته. وعبارة «المبسوط» ٢٣/ ١٠١: فخاف منه على أخذ سعف النخل وسرقته...إلخ، فضمير (عليه) في النسخ يعود على النخل، وضمير (منه) على السارق.

إلحاقَ ضرَرٍ به لم يكن التزَمه بعَقد الْمُعامَلةِ، وإذا كان عليه في إبقاء العقدِ ضرَرٌ فوقَ ما التزَمه يَصيرُ ذلك عُذرًا له في فَسخ الْمُعامَلةِ.

ولو أَراد العامِلُ ترْكَ ذلك العمَلِ هل يَكونُ عُذرًا؟ فيه رِوايتان.

وتأويلُ إحداهما: أن يَشترِطَ العمَلَ بيَده، فيَكونُ عُذرًا من جِهَته؛ لأنه تَعذَّر عليه استِيفاءُ الْمَعقودِ عليه.

وإذا دَفَع رَجُلٌ إلى رَجُلٍ أرضًا بَيضاءَ سِنينَ مُسمّاةً على أن يَغرِسَها نخلًا وشجَرًا وكَرْمًا، على أن ما أخرَجَ اللهُ تَعالى من نَخيلٍ أو شجَرٍ أو كَرْمٍ فهو بينَهما نِصفان، وعلى أن الأرضَ بينَهما نِصفان: فهذا كلُّه فاسِدٌ؛ لاشتِراطهما الشِّرْكةَ فيما كان حاصِلًا قبلَ الشِّرْكةِ لا بعَمَله، وهو الأرضُ.

فإن غَرَسها فأخرَجت ثَمَرًا: فجَميعُ الثَّمَرِ والغرسِ لربِّ الأرضِ، وللغارِس قِيمةُ غرسِه وأجرُ مِثلِه فيما عَمِل؛ لأنه استَأجَره ليَجعَلَ أرضَه بُستانًا بآلات نفسِه، على أن يَكونَ أجرُه نِصفَ البُستانِ الذي يَظهَرُ بعَمَله وبآلاته، فيَكونُ في مَعنى قَفيزِ الطَّحّانِ الْمَنهيِّ عنه[1]، فيَكونُ فاسِدًا.

ثم الغِراسُ عَينُ مالٍ قائِمةٍ كانت للعامِلِ، وقد تَعذَّر ردُّها عليه؛ للاتِّصال بالأَرض، فتَلزَمُه قِيمتُها مع أجرِ مِثلِ عمَلِه فيما عَمِل؛ لأنه ابتَغى عن عَمَله عِوَضًا، ولم يَسلَم له ذلك، فيَستوجِبُ أجرَ الْمِثلِ، ولأنه يَكونُ مُشترِيًا نِصفَ الغِراسِ منه بنِصف الأرضِ، والغِراسُ مَجهولةٌ، فلا يَجوزُ.

والوجهُ الأوَّلُ أصَحُّ.

---

(١) تقدم تخريجه.

نكَح على زَرعها أرضَه بالنِّصف ببَذرها، أو فِعلِه في كَرْمها أو أرضِها ببَذرها، أو فِعلِها في نَخله أو بَذرِه، وفِعلِه في أَرضها، أو فِعلِها في أَرضه وبَذرِه[1]: وَجَب مهرُ(س) الْمِثل.

وإن تزوَّج امرَأةً على أن تَزرَعَ الْمَرأةُ أرضَه بالنِّصف ببَذرها، أو على أن يَعمَلَ الزَّوجُ في كَرْمها أو في أَرضها ببَذرها، أو على فِعلها في نَخله، أو بَذرِه وفِعلِه في أَرضها، أو فِعلِها في أَرضه وبَذرِه: يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ.

فهذه سِتُّ مَسائلَ، في ثَلاثِ اتِّفاقٌ، وفي ثَلاثِ اختِلافٌ، أربَعٌ منها في الْمُزارَعة، واثنان في الْمُعامَلة.

أما الأوَّلُ: فالنِّكاحُ جائزٌ، والْمُزارَعةُ فاسِدةٌ؛ لاشتِراط أحدِ العَقدَين في الآخَر، لكن النِّكاحُ لا يَبطُلُ بالشُّروط الفاسِدةِ، والْمُزارَعةُ تبطُلُ بها.

ثم على قَول محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: التَّسميةُ فاسِدةٌ، ولها مهرُ مِثلِها؛ لأن الزَّوجَ بَذَل مَنفَعةَ الأرضِ بمُقابَلة نِصفِ الخارِجِ ومَنفَعةِ بُضعِها، فتَتوزَّعُ مَنفَعةُ الأرضِ عليهما باعتِبار القِيمةِ[2]، كما هو قضِيَّةُ الْمُقابَلةِ[3].

ونِصفُ الخارِجِ مَجهولٌ أصلًا وقَدرًا؛ فإنه لا يُدرى هل يَخرُج وكم[4] يَخرُجُ، فكان ما يُقابِلُ البُضعَ من مَنفَعة الأرضِ مَجهولًا أيضًا جَهالةً فاحِشةً، ومِثلُ هذه الجَهالةِ تَمنَعُ صِحّةَ التَّسميةِ، فيَجِبُ لها مهرُ مِثلِها، كما لو تزوَّجها على ثَوبٍ.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: التَّسميةُ صَحيحةٌ، وصَداقُها أجرُ مِثلِ نِصفِ الأرضِ؛

---

(١) في (ن) و(ع): ببذره.

(٢) في (ب) و(د): القسمة.

(٣) في (د): كما هو من قضية المقابلة، وفي (هـ): المعاملة.

(٤) في (أ): ولم، وفي (د): أو لم.

لأن الانقِسامَ بينَ البُضعِ ونِصفِ الخارِجِ باعتِبار التَّسميةِ لا باعتِبار القِيمةِ؛ لأنه لا يُمكِنُ القِسمةُ باعتِبار قِيمتِهما[1]؛ لجَهالة أحَدِهما، فتَتوَزَّع نِصفَين؛ لأن الشَّيءَ متى قُوبِل بمَعلوم ومَجهولٍ انقَسَم عليهما نِصفَين؛ لوُجود الإضافةِ إليهما على السَّواء، كما لو أَوصى بثُلُث مالِه لفُلانٍ وللفُقَراء كان لفُلانٍ نِصفُ الثُّلُثِ، فهنا أيضًا يَكونُ الصَّداقُ مَنفَعةَ نِصفِ الأرضِ، والْمَنفَعةُ مالٌ مُتقوِّمٌ في حُكم الصَّداقِ، فتَصِحُّ التَّسميةُ، ويَلزَمُه تَسليمُ نِصفِ مَنفَعةِ الأرضِ إليها، وقد عَجَز عن ذلك؛ لفَساد الْمُزارَعةِ، فيَكونُ لها أجرُ مِثلِ نِصفِ الأرضِ.

فإن طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ بها فلها نِصفُ الْمُسمّى، وهو رُبُعُ أجرِ مِثلِ الأرضِ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لها الْمُتعةُ؛ لفَساد التَّسميةِ.

فإن زَرَعت الْمَرأةُ الأرضَ زرعًا، فأخرَجت شيئًا أو لم تُخرِج: فكلُّ الخارِجِ لها؛ لأنه نَماءُ بَذرِها.

وإن تَزوَّجها على إن دَفَعت إليه كَرْمًا مُعامَلةً بالنِّصف: فالْمَسألةُ على الخِلاف؛ لأن الزَّوجَ التَزَم العمَلَ بمُقابَلة بُضعِها ونِصفِ الخارِجِ.

ولو تَزوَّجها على أن يَعمَلَ في أَرضها وبَذرِها مُزارَعةً بالنِّصف: فالْمَسألةُ على الخِلاف؛ لأنها شَرَطت عمَلَ الزَّوجِ بمُقابَلة بُضعِها ونِصفِ الخارِجِ.

وأجمَعوا على مَهر الْمِثلِ إذا كان الفِعلُ منها في نَخيله، أو كان بَذرُه وفِعلُه في أرضِها، أو كان فِعلُها في أَرضه وبَذرِه؛ لأن الزَّوجَ شَرَط لها نِصفَ الخارِجِ بمُقابَلة بُضعِها وعمَلِها في الأوَّل والثّالثِ، وشَرَط لها نِصفَ الخارِجِ بمُقابَلة بُضعِها ومَنفَعةِ الأرضِ في الثّاني، ونِصفُ الخارِجِ مَجهولٌ جَهالةً فاحِشةً، فلم تَصِحَّ تَسميتُه، فكان لها

(١) في (ب) و(هـ): قيمتها.

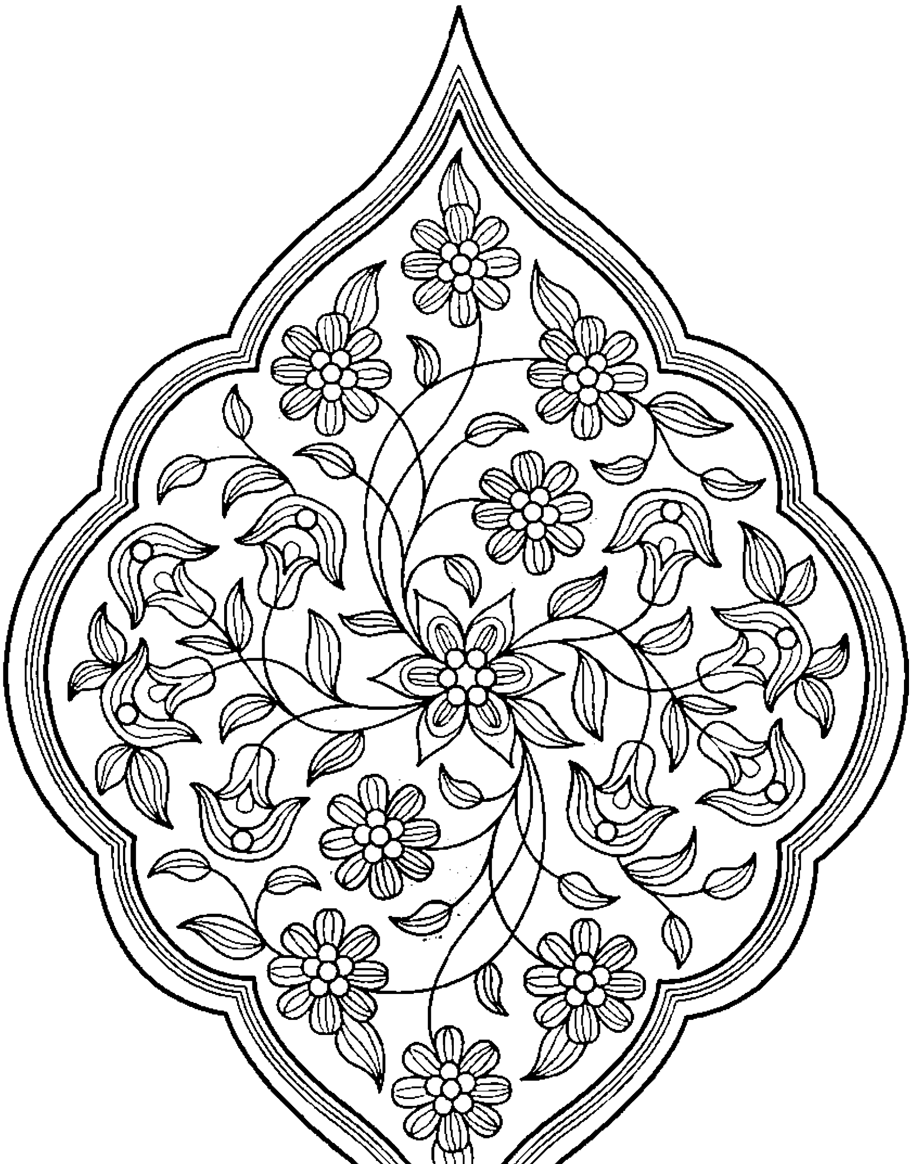
مهرُ مِثلِها بالِغًا ما بَلَغ.

والحاصِلُ: أنه متى كان الْمَشروطُ بمُقابَلة البُضعِ بعضَ[1] الخارج: فالتَّسميةُ فاسِدةٌ عندَهم، ومتى كان الْمَشروطُ مَنفَعةَ الأرضِ أو مَنفَعةَ العامِلِ بمُقابَلة البُضعِ: ففي صِحّة التَّسميةِ اختِلافٌ[2]، كما بيَّنّا، والله أعلَمُ.

(١) في (د): تعين. وانظر «المبسوط» ٢٣/ ١٤٥.

(٢) في (ب): خلاف. وانظر «المبسوط» ٢٣/ ١٤٦.

كِتَابُ الذَّبَائِحِ



كتاب الذبائح

كِتابُ الذَّبائحِ[1]

هي: جمعُ ذَبيحةٍ، وهي: اسمُ ما يُذبَحُ، كالذِّبح.

والذَّبحُ: مَصدَرُ (ذَبَح): إذا قَطَع الأوداجَ.

والذَّكاةُ: الذَّبحُ، اسمٌ مِن ذَكّى الذَّبيحةَ تَذكِيةً: إذا ذَبَحها.

وهي شرطٌ لحِلِّ الذَّبيحةِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المَائِدَة: ٣]، وحُكمُ ما بعدَ الاستِثناءِ يُخالِفُ ما قبلَه، ولأن بالذَّكاة يَتميَّزُ الدَّمُ النَّجِسُ من اللَّحم الطّاهِرِ.

وهي كما تُوجِبُ حِلَّ الذَّبيحةِ تُوجِبُ طَهارتَها، وإن لم تكن مَأكولَ اللَّحمِ؛ لأنها تُنبِئُ عن الطَّهارة، قال عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ذَكاةُ الأرضِ يُبسُها»[2]، أي طَهارتُها.

وهي على نَوعَين:

---

(١) الذبائح: جمع ذبيحة، والذبيحة: حقيقة فيما ذُبح، أو فيما أعد للذبح، وتطلق على ما يذبح بطريق المجاز، باعتبار ما يؤول إليه.

الذبح في اللغة: الفتق والشق والقطع، وفي «شرح مختصر الوقاية» لأبي المكارم: الذبح بالفتح: مصدر ذبح: أي قطع الأوداج. «الدستور» ٢/ ٨٦.

(٢) قال الحافظ في «التلخيص» ١/ ٥٩: حديث: «زكاة الأرض يُبسُها»: احتج به الحنفية، ولا أصل له في المرفوع، نعم ذكره ابن أبي شيبة (٦٢٤) موقوفًا عن أبي جعفر محمد بن علي الباقر، ورواه عبد الرزاق عن أبي قلابة من قوله بلفظ: «جفوف الأرض طهورها».

اختِياريٌّ حالةَ القُدرةِ، فتُعتبَرُ في محَلٍّ مَخصوصٍ، وهو ما بينَ اللَّبّةِ واللَّحيَين.

واضطِراريٌّ حالَ عدَمِ القُدرةِ، وهو الجَرحُ في أيِّ مَوضِعٍ كان من البَدَن، والثّاني كالبَدَل عن الأوَّل؛ لقُصوره عنه في الْمَعنى الْمَطلوبِ من الذَّكاة، وهو إنهارُ الدَّمِ، ولهذا تَوقَّفَ الْمَصيرُ إلى الثّاني على تَعذُّر الْمَصيرِ إلى الأوَّل، وهذه أمارةُ البَدَليّةِ.

حلَّ ذَبيحةُ مُسلِمٍ، وكِتابيٍّ، وصَبِيٍّ، وامرَأةٍ، وأخرَسَ، وأقلَفٍ.

وشرطُها: أن يَكونَ الذّابحُ على مِلّة التَّوحيدِ اعتِقادًا أو دَعوى.

وأن يَكونَ حَلالًا خارِجَ الحرَمِ في حقِّ الصَّيدِ، فتَحِلُّ ذَبيحةُ الْمُسلِمِ؛ لأنه على مِلّة التَّوحيدِ اعتِقادًا، والكِتابيِّ؛ لأنه يَدَّعي التَّوحيدَ.

والأصلُ فيه: قولُه تَعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، وقولُه تَعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، والْمُرادُ به: طَعامٌ تَلحَقُه الذَّكاةُ من جِهتهم؛ لأنه خَصَّ أهلَ الكِتابِ بالذِّكر، وفيما لا تَلحَقُه الذَّكاةُ يَستَوي الكِتابيُّ والْمَجوسيُّ، كالسَّمَك وغيرِه.

ويَدخُلُ فيه الكِتابيُّ الحَربيُّ، والذِّمِّيُّ، والعرَبيُّ(١)، والتَّغلِبيُّ؛ لإطلاق النَّصِّ.

والْمُتولِّدُ من(٢) كِتابيٍّ وغيرِ كِتابيٍّ يَحِلُّ صيدُه وذَبيحتُه؛ لأن الولَدَ يَتبَعُ خيرَ الأبَوين دِينًا، وقد مَرَّ في النِّكاح.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَحِلُّ؛ تَغليبًا للمُحرِّم على الْمُبيح.

ويَحِلُّ إذا كان يَعقِلُ التَّسميةَ، أي يَعلَمُ أن حِلَّ الذَّبيحةِ مُعلَّقٌ بها.

---

(١) في (ز): والذمي العربي.

(٢) في (ز): بين.

والذِّبحةَ، أي شَرائطَ الذَّبحِ من فَرْيِ الأوداجِ ونحوِه.

ويَضبِطُ، أي يَقدِرُ على فَرْيِ الأوداجِ، ويُحسِنُ القِيامَ به، وإن كان صَبيًّا، أو مَجنونًا، أو امرَأةً، أو أخرَسَ، أو أقلَفَ.

أما إذا كان لا يَعقِلُ التَّسميةَ والذِّبحةَ ولا يَضبِطُ: لا يَحِلُّ؛ لأن التَّسميةَ على الذَّبيحة شرطٌ لِما يَأتي بعدَه، وذا بالقَصد، وصِحّةُ القصدِ بما ذَكَرنا.

لا مَجوسيٍّ، ووَثَنيٍّ، ومُرتَدٍّ، ومُحرِمٍ، وتارِكِ تَسمِيةٍ عمدًا[ف]، وحلَّ لو ناسِيًا[ك].

ولا تؤكَلُ ذَبيحةُ الْمَجوسيِّ؛ لقَوله عَلَيهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ في الْمَجوس: «سُنُّوا بهم سُنّةَ أهلِ الكِتابِ، غيرَ ناكِحي نِسائِهم، ولا آكِلي ذَبائحِهم»[(١)]، ولأنه مُشرِكٌ ليس له مِلّةُ التَّوحيدِ اعتِقادًا أو دَعوى.

والوَثَنيِّ؛ لأنه لا يَعتقِدُ الْمِلّةَ.

والْمُرتدِّ؛ لأنه لا مِلّةَ له؛ لأنه تَرَكَ ما كان عليه وما انتَقَل إليه لا يُقَرُّ عليه.

بخِلاف الكِتابيِّ إذا تَحوَّل إلى غَيرِ دِينِه؛ لأنه يُقَرُّ عليه عندَنا على ما اعتَقَده، فيُعتبَرُ ما هو عليه عندَ الذَّبحِ لا قبلَه، حتى لو تَمجَّس يَهوديٌّ أو نَصرانيٌّ: لم يَحِلَّ صَيدُه ولا ذَبيحتُه، بمَنزِلة ما لو كان مَجوسيًّا في الأَصل.

وإن تَهوَّد مَجوسيٌّ أو نَصرانيٌّ: يُؤكَلُ صَيدُه وذَبيحتُه، كما لو كان عليه في الأَصل.

ولا يَحِلُّ ما ذَبَحه الْمُحرِمُ من الصَّيد، سَواءٌ ذَبَحه في الحِلِّ أو في الحَرَم؛ لأن قتلَه الصَّيدَ حَرامٌ؛ لقَوله تَعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، والذَّكاةُ فِعلٌ مَشروعٌ، فلم تكن ذَكاةً.

---

(١) رواه الإمام مالك ١/ ٢٧٨، وابن أبي شيبة (١٠٧٦٥)، والبزار (١٠٥٦)، والطبراني (١٠٥٩).

وكذا لا يَحِلُّ ما ذَبَح في الحَرَم من الصَّيد، سَواءٌ كان الذّابحُ حَلالًا أو حَرامًا؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا يُنفَّرُ صَيدُها»[1]، والذَّبحُ أَقوى من التَّنفير، فأَولى بالتَّحريم.

وهذا بخِلاف ما إذا ذَبَح الْمُحرِمُ غيرَ الصَّيدِ، أو ذَبَح في الحَرَم غيرَ الصَّيدِ؛ لأنه فِعلٌ مَشروعٌ؛ إذ الحرَمُ لا يُؤمِّنُ الشّاةَ، وكذا ذبحُها لا يَحرُمُ على الْمُحرِمِ؛ وهذا لأن الأصلَ حِلُّ الذَّبح، والحُرمةُ ثبتت بالنَّصّ[2]، وهو مَخصوصٌ بالصَّيد، فلا يَتعدّاه.

ولا تَحِلُّ ذَبيحةُ تارِكِ التَّسميةِ عمدًا، وإن تَرَكها ناسِيًا تَحِلُّ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَحِلُّ في الوَجهَين، وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَحِلُّ في الوَجهَين.

والْمُسلِمُ والكِتابيُّ في تَركِ التَّسميةِ سَواءٌ.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا تَرَك التَّسميةَ[3] عندَ إرسالِ البازيِّ والكلبِ، وعندَ الرَّمي.

وقولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ مُخالِفٌ للإجماع[4]؛ فإن مَن كان[5] قبلَه أجمَعوا على

---

(١) رواه البخاري (١٣٤٩) ومسلم (١٣٥٥).

(٢) وهو قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥].

(٣) في (هـ): التسمية عمدًا.

(٤) قال الماوردي في «الحاوي الكبير» ١٥/ ١٠: التسمية على الصيد والذبيحة: سنة، وليست بواجبة، فإن تركها عامدًا أو ناسيًا: حل أكله.

وبه قال من الصحابة عبد الله بن عباس، وأبو هريرة، ومن الفقهاء: عطاء، ومالك. انتهى.

وقال ابن عبد البر في «الاستذكار» ٥/ ٢٥٠: وقال الشافعي وأصحابه: تؤكل الذبيحة والصيد في الوجهين جميعًا، تعمد في ذلك أو نسيه، وهو قول ابن عباس، وأبي هريرة، وعطاء، وسعيد بن المسيب، والحسن، وجابر بن زيد، وعكرمة، وعطاء، وأبي رافع، وطاووس، وإبراهيم النخعي، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وقتادة. انتهى.

(٥) في (هـ): فإن كل من كان.

الحُرمة إذا تَرَكَ التَّسميةَ عامِدًا[1]، وإنما اختَلَفوا فيما إذا تَركَها ناسِيًا، فعليٌّ وابنُ عبّاسٍ[2] رَضِيَٱللَّهُعَنهُمْ يَفصِلان بينَ النّاسِي والعامِدِ[3]، كما هو مَذهَبُنا، وابنُ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنهُمَا يُحرِّمُهما[4]، ولهذا قال أبو يوسف والْمَشايخُ رَحِمَهُمُٱللَّهُ: إن مَتروكَ التَّسميةِ عامِدًا لا

(١) قال ابن حزم في «مراتب الإجماع» ص١٤٧: واختلفوا فيما ذبح الصبي، والسكران، والزنجي، والأقلف، والجنب، والسارق، والغاصب، والآبق، والمرتد إلى دين كتابي، وتارك التسمية خطأً أو عمدًا، أو إلى غير القبلة، وبآلة مغصوبة، أو مسروقة، أو بغير إذن مالك المذبوح، تعمد أو أخطأ، والمعافرة، وذبح أهل الذمة. انتهى.

وقال ابن القطان في «الإقناع في مسائل الإجماع» ١/ ٣١٤: وأجمع المسلمون على أن التسمية مندوب إليها لما فيها من البركة، ومن ترك التسمية على الصيد أو الذبيحة عمدًا لم تؤكل، وإن كان نسيانًا أكل، وقال أبو ثور وداود: من تركها عامدًا أو ناسيًا لم يؤكل صيده ولا ذبيحته، ولا أعلمه روي عن أحد من السلف إلا عن ابن سيرين ونافع. انتهى.

وبهذا تعلم أنه من الصعب إثبات الإجماع في هذه المسألة قبل الشافعي رَحِمَهُٱللَّهُتَعَالَىٰ، بل أي إجماع ينعقد مع خلافه رضي الله تعالى عنه، وكيف يظن بإمام كالإمام الشافعي أن يخالف الإجماع إن ثبت عنده، وإننا نربأ عن نسبة مثل هذه التهمة الخطيرة له أو لغيره من أئمتنا رَضِيَٱللَّهُعَنهُمْ أجمعين.

(٢) في (د): وابن مسعود.

(٣) قول علي رَضِيَٱللَّهُعَنهُ لم أقف عليه ولم أرَ من ذكره رَضِيَٱللَّهُعَنهُ في الخلاف في هذه المسألة.

وقول ابن عباس رَضِيَٱللَّهُعَنهُمَا: رواه ابن أبي شيبة (٨٥٣٨) والدارقطني (٤٨٠٨) والبيهقي (١٨٨٩٠).

(٤) نسب هذا القول له غير واحد من العلماء، كالقرطبي في «تفسيره» ٧/ ٧٥، لكن قال ابن عبد البر في «التمهيد» ٢٢/ ٣٠٢: وقال أبو ثور وداود بن علي: من ترك التسمية عامدًا أو ناسيًا: لم تؤكل ذبيحته ولا صيده، قال أبو عمر: ما أعلم أحدًا من السلف روي عنه هذا المذهب إلا محمد بن سيرين والشعبي ونافعًا مولى ابن عمر، وأما جمهور العلماء فعلى قول مالك والثوري وأبي حنيفة، وعلى قول الشافعي على هذين القولين الناس، وقد روي عن الشعبي خلاف ما حكيناه عنه...

وقال في «الاستذكار» ٥/ ٢٥٠: ولا أعلم أحدًا رُوي عنه أنه لا يؤكل ممن نسي التسمية على الصيد=

يَسَعُ[1] فيه الاجتِهادُ، ولو قَضى قاضٍ بجَواز بيعِه لا يَنفُذُ[2] قَضاؤُه؛ لأنه مُخالِفٌ للإجماع، وكَفى بإِجماعهم حُجّةً عليه.

له: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمُسلِمُ يَذبَحُ على اسم اللهِ تَعالى، سَمّى أو لم يُسَمِّ»، رَواه البَراءُ بنُ عازِبٍ وأبو هُرَيرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[3].

ولأن التَّسميةَ ليست بشرطٍ؛ إذ لو كانت شرطًا للحِلِّ لَمَا سَقَطت بعُذر النِّسيانِ، كالطَّهارة في باب الصَّلاةِ، وكالشَّهادة في النّكاح، وكقَطع الحُلقومِ والأوداجِ، ولئن كانت شرطًا فالْمِلّةُ[4] أُقِيمت مُقامَها، كما في النّاسِي، وإليه أَشار النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

= أو الذبيحة: إلا ابن عمر والشعبي وابن سيرين.

وقال في الصفحة التي تليها: وهذا قول لا نعلمه روي عن أحد من السلف ممن يختلف عنه فيه إلا محمد بن سيرين ونافعًا مولى ابن عمر. انتهى، تأمل.

(١) في (هـ): لا يسيغ، وفي (ز): لا يسغ.

(٢) في (هـ): لا ينعقد.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٢: غريب بهذا اللفظ، وفي معناه أحاديث: منها ما أخرجه الدارقطني (٤٨٠٨) ثم البيهقي (١٨٨٩٠) عن محمد بن يزيد بن سنان عن معقل بن عبيد الله الجزري عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المسلم يكفيه اسمه، فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم، وليذكر اسم الله، ثم ليأكل». انتهى، قال ابن القطان في «كتابه»: ليس في هذا الإسناد من يتكلم فيه غير محمد بن يزيد بن سنان، وكان صدوقًا صالحًا، لكنه كان شديد الغفلة. انتهى، وقال غيره: معقل بن عبيد الله وإن كان من رجال مسلم لكنه أخطأ في رفع هذا الحديث، وقد رواه سعيد بن منصور وعبد الله بن الزبير الحميدي عن سفيان بن عيينة عن عمرو بن أبي الشعثاء عن عكرمة عن ابن عباس... إلى آخره. وانظر كلام المصنف حول ما ورد في معناه والجواب عنها في «البناية» ١١/ ٥٣٧.

وقال القدوري في «التجريد» ١٢/ ٦٢٩٢: هذا خبر لا يُعرف، وطلبناه في المسانيد فلم نجده، ولم يضعه الذي احتج به إلى مكان فيعرف، أو تكلم على إسناده إن كان له إسناد.

(٤) في (هـ): فالمسألة.

حينَ سُئِل عمن ذَبَح فترَك التَّسمية ناسِيًا، فقال: «كُلوا؛ فإن تَسميةَ اللهِ في قَلب كلِّ امرِئٍ مُسلِمٍ مُؤمِنٍ»[(١)].

ولنا: قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١]، ومُطلَقُ النَّهيِ يَقتَضي التَّحريمَ، وقولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إذا أرسَلتَ كلبَك الْمُعلَّمَ، وذَكَرتَ اسمَ اللهِ تَعالى عليه فكُل، وإن[(٢)] شارَكَ كلبَك كلبٌ[(٣)] آخرُ فلا تَأكُل؛ فإنك إنما سَمَّيت على كَلبك ولم تُسَمِّ على كلبِ غيرِك»[(٤)]، فعَلَّل للحُرمة[(٥)] بأنه لم يُسَمِّ على كلبِ غيرِه، فهو دَليلُ الحُرمةِ إذا لم يُسَمِّ على كَلب نفسِه.

---

(١) قال في «تخريج أحاديث الكشاف» ٣/ ١١٥: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ذكر الله على فم كل مسلم»، وروي: «في قلب كل مسلم»: قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى البيهقي (١٨٨٩٤ والطبراني في «الأوسط» ٤٧٦٩) والدارقطني (٤٨٠٣) من حديث أبي هريرة قال: سأل رجل رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الرجل منا يذبح وينسي أن يسمي، قال: «اسم الله على فم كل مسلم». ورواه ابن عدي في «الكامل» (٨/ ١٢٠) وأعله بمروان بن سالم الغفاري، وكذلك ابن القطان في «كتابه» وقال: إنه ضعيف جدًا.

(٢) في (ب) و(د): فإن.

(٣) سقطت من (هـ) و(ز).

(٤) روى البخاري (١٧٥) ومسلم (١٩٢٩) واللفظ للأول: عن عدي بن حاتم قال: سألت النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «إذا أرسلت كلبك المعلم فقتل فكل، وإذا أكل فلا تأكل، فإنما أمسكه على نفسه»، قلت: أرسل كلبي فأجد معه كلبًا آخر؟ قال: «فلا تأكل، فإنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب آخر».

وروى البخاري (٥٤٧٦) ومسلم (١٩٢٩) عن عدي بن حاتم رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: سألت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن المعراض فقال: «إذا أصبت بحده فكل، فإذا أصاب بعرضه فقتل فإنه وقيذ فلا تأكل»، فقلت: أرسل كلبي؟ قال: «إذا أرسلت كلبك وسميت فكل»، قلت: فإن أكل؟ قال: «فلا تأكل، فإنه لم يمسك عليك، إنما أمسك على نفسه»، قلت: أرسل كلبي فأجد معه كلبًا آخر؟ قال: «لا تأكل، فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على آخر».

(٥) في (هـ) و(ز): الحرمة.

وبظاهِرِ ما ذَكَرنا يَحتجُّ مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ إذ لا فصلَ فيه، فتَقييدُ الحُرمةِ بحالة العمدِ زِيادةٌ على النَّصّ، فتَجري مَجرى النَّسخِ، ولكنّا نَقولُ في اعتِبار ذلك حرَجٌ عَظيمٌ؛ إذ الإنسانُ مَجبولٌ على النِّسيان، وهو مَدفوعٌ بالنَّصّ[1].

والدَّليلُ السَّمعيُّ غيرُ مُجرًى على ظاهِره؛ لأن ذَبيحةَ النّاسِي مُختلِفةٌ في الصَّدر الأوَّلِ، ولم يَجْرِ[2] الاحتِجاجُ بينَهم بظاهِرِ النَّصِّ، ولو أُرِيد به ظاهِرُه لجَرَت الْمُحاجّةُ بينَهم وظَهَر الانقِيادُ من الْمُخالِفين، وارتَفَع الخِلافُ بينَهم.

فإن قِيل: النّاسِي مَخصوصٌ من النَّصّ، فيُخَصُّ العامِدُ بالقِياس.

قُلنا: النّاسِي ليس بمَخصوصٍ منه؛ لأنه ذاكِرٌ تَقديرًا؛ لِقيامِ الْمِلّةِ مَقامَ الذِّكرِ.

فإن قِيل: فلْتَقُم الْمِلّةُ مَقامَ الذِّكرِ في حقِّ العامِدِ أيضًا.

قُلنا: إقامةُ الْمِلّةِ مُقامَ التَّسميةِ في حقِّ النّاسِي بالحَديث، وهو مَعذورٌ مُستحِقٌّ للنَّظَر، والتَّخفيفُ لا يَدُلُّ على إِقامتها مُقامَها في حقِّ العامِدِ، وهو غيرُ مَعذورٍ؛ ولأن النّاسِيَ لا يَخلو من أن يَكونَ مُرادًا منه أو لم يكن، فإن كان مُرادًا لا يَكونُ مَخصوصًا، وحينَئذٍ تَلزَمُ إرادةُ العامِدِ بالطَّريق الأَولى، وإن لم يكن مُرادًا يَلزَمُ إرادةُ العامِدِ؛ صَونًا للنَّصِّ عن التَّعطيل.

فإن قِيل: النَّصُّ مُجمَلٌ؛ فإنه لا يُدرى أنه أُرِيد به حالُ الذَّبحِ، أو حالُ الطَّبخِ، أو حالُ الأكلِ، والاحتِجاجُ بالْمُجمَل لا يَصِحُّ.

قُلنا: أجمَع السَّلَفُ على أن الْمُرادَ به حالُ الذَّبحِ لا سائِرُ الأحوالِ، فلا يَكونُ مُجمَلًا، ثم التَّسميةُ في ذَكاة الاختِيارِ تُشترَطُ عندَ الذَّبحِ، وهي على الْمَذبوح، وفي

---

(١) وهو قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان»، وقد تقدم ذكره وتخريجه.

(٢) في (هـ) و(ز): ولم يجز.

الصَّيد تُشترَطُ عندَ الإرسالِ والرَّمي، وهي على الآلة؛ لأن التَّكليفَ بحَسَب الوُسعِ، والمَقدورُ له في الأوَّل الذَّبحُ، وفي الثَّانِي الرَّميُ والإرسالُ دونَ الإصابةِ، فتُشترَطُ عندَ فِعلٍ يَقدِرُ عليه..

حتى إذا أضجَع شاةً وسَمّى، ثم تَركها وذَبَح شاةً أُخرى، وتَرَكَ التَّسميةَ عليها: لا تَحِلُّ، ولو رَمى سهمًا إلى صيدٍ وسَمّى، فأَصاب صيدًا آخرَ، أو أخذ سِكِّينًا وسَمّى، ثم تَركه وأخذ سِكِّينًا آخرَ، أو أرسَل كلبَه إلى صيدٍ وسَمّى، فترَكَ الكلبُ ذلك الصَّيدَ وأخذ غيرَه: حَلّ، ولو ذَبَح تلك الشّاةَ، ثم ذَبَح أُخرى بعدَها، وظَنَّ أن تلك التَّسميةَ تكفيه: لا تَحِلُّ، ولو سَمّى على سهمٍ، ثم رَمى بغَيره صيدًا: لا يُؤكَلُ.

وكُرِه أن يَذكُرَ مع اسمِ اللهِ غيرَه، وعندَ الذَّبحِ: (اللَّهُمَّ تَقبَّل من فُلانٍ).

ويُكرَهُ أن يَذكُرَ مع اسمِ اللهِ تَعالى شيئًا غيرَه، كقَوله عندَ الذَّبحِ: (اللَّهُمَّ تَقبَّل من فُلانٍ)، ولا بأسَ به قبلَ التَّسميةِ وقبلَ أن يُضجِعَ للذَّبح.

وهذا على ثَلاثة أوجُهٍ:

أحَدُها: أن يَذكُرَ مَوصولًا لا مَعطوفًا، فيُكرَهُ، ولا تَحرُمُ الذَّبيحةُ، نحوَ أن يَقولَ: (بسم اللهِ، محمدٌ رَسولِ اللهِ)، أو يَقولُ: (اللَّهُمَّ تقبَّل من فُلانٍ)؛ لأن الشِّركةَ لم تُوجَد، فلم يكن الذَّبحُ واقِعًا له، لكنه يُكرَهُ؛ لوُجود الوصلِ صُورةً، والقِرانِ ظاهِرًا، وذلك مُتصوَّرٌ بصُورة الحَرامِ، فيُكرَهُ.

وثانِيها: أن يَذكُرَ مَوصولًا على سَبيل العطفِ والشِّركةِ، نحوَ أن يَقولَ: (بسم اللهِ واسمِ فُلانٍ) أو (بسم اللهِ وفُلانٍ) أو (بسم اللهِ ومحمدٍ رَسولِ اللهِ)، بجرِّ (محمدٍ)، فتَحرُمُ الذَّبيحةُ؛ لأنه أهَلَّ به لغَير اللهِ، وقد قال اللهُ تَعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]،

وقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «مَوطِنان لا أُذكَرُ فيهما: عندَ العُطاسِ وعندَ الذَّبحِ»(١).

وثالِثُها: أن يَقولَ مَفصولًا عنه صُورةً ومَعنًى، بأن يَقولَ قبلَ التَّسميةِ وقبلَ أن يُضجِعَ الذَّبيحةَ أو بعدَه، وهذا لا بأسَ به؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ كان يَقولُ بعدَ الذَّبحِ: «اللَّهُمَّ تَقبَّل هذه عن أُمَّة محمدٍ ممن شَهِد لك بالوَحْدانيّة، وليَ بالبَلاغ»(٢).

---

(١) روى أبو طاهر المخلص في «المخلصيات» (٧٣٦) عن ابن عباس قال: موطنان لا يذكر فيهما رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: عند العطاس والذبيحة.

وروى الديلمي في «الفردوس» (٣٥٨٣) عن ابن عباس مرفوعًا: «شيآن لا أذكر فيهما: الذبيحة والعطاس، مخلَصان لله تبارك وتعالى».

وقال ابن الجوزي في «التحقيق» ٢/ ٣٦٠: مسألة: لا يشرع عند الاصطياد والذبح الصلاة على النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال الشافعي: يستحب ذلك، وقد روى أصحابنا: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «موطنان لا حظَّ لي فيهما: عند العطاس والذبح».

وروى البيهقي (١٩١٨٠) عن يحيى بن يحيى، أنبأ سليمان بن عيسى أخبرني عبد الرحيم بن زيد العمي عن أبيه قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تذكروني عند ثلاث: تسمية الطعام، وعند الذبح، وعند العطاس». قال البيهقي: فهذا منقطع، وعبد الرحيم وأبوه ضعيفان، وسليمان بن عيسى السجزي في عداد من يضع الحديث، ولو عرف يحيى بن يحيى حاله لما استجاز الرواية عنه، وهو فيما ذكره شيخنا أبو عبد الله الحافظ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ونسبه أبو أحمد بن عدي الحافظ أيضًا إلى وضع الحديث، فيما أخبرنا أبو سعد الماليني عنه...

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٤: روي عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال بعد الذبح: «اللهم تقبل هذه عن أمتي ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ»، قلت: أخرجه مسلم في الضحايا (١٩٦٧) عن يزيد بن قسيط عن عروة بن الزبير عن عائشة: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر بكبش أقرن يطأ في سواد، ويبرك في سواد، وينظر في سواد، فأتي به ليضحي به، فقال لها: «يا عائشة! هلمي الْمُدْية»، ثم قال: «استحديها بحجر»، ففعلت، فأخذها وأخذ الكبش، فأضجعه، ثم ذبحه، ثم قال: «بسم الله، اللهم تقبل من محمد وآل محمد، ومن أمة محمد»، ثم ضحى به. انتهى، وهو عند أبي داود بالواو، وقال: فأضجعه وذبحه،=

والشَّرطُ: هو الذِّكرُ الخالِصُ المُجرَّدُ؛ لقَول ابنِ مَسعودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: جَرِّدوا التَّسميةَ عندَ الذَّبحِ. فلو قال عندَ الذَّبحِ: (اللَّهُمَّ اغفِر لي) لا يَحِلُّ له؛ لأنه سُؤالٌ ودُعاءٌ، ولو قال: (الحمدُ لله) أو (سُبحانَ اللهِ) أو (اللهُ أكبَرُ) يُريدُ به التَّسميةَ: حَلَّ؛ لأن الشَّرطَ ذِكرُ اللهِ تَعالى على سَبيل التَّعظيمِ، وقد حَصَل.

ولو عَطَس فقال: (الحمدُ لله) يُريدُ التَّحميدَ على العُطاس، وذَبَح: لم يَحِلَّ في الأصَحّ؛ لأن المَأمورَ به ذِكرُ اللهِ تَعالى على الذَّبح، وهو يُريدُ به الحمدَ على نِعَمه دونَ التَّسميةِ.

وما تَداولَتْه الألسِنةُ عندَ الذَّبحِ، وهو قولُه: (بسم اللهِ واللهُ أكبَرُ).. فمَنقولٌ عن ابن عبّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا في قَوله تَعالى: ﴿فَٱذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَا صَوَآفَّۖ﴾ [الحج: ٣٦] (١).

= وقال: «بسم الله»، وليس فيه مقصود المصنف.

حديث آخر: أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٤٢٥) عن أبي رافع: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان إذا ضحى اشترى كبشين أملحين أقرنين، فإذا خطب وصلى ذبح أحد الكبشين بنفسه بالمدية، ثم يقول: «اللهم هذا عن أمتي جميعًا، من شهد لك بالتوحيد، وشهد لي بالبلاغ»، ثم أتي بالآخر فذبحه وقال: «اللهم هذا عن محمد وآل محمد»، ثم يطعمهما المساكين، ويأكل هو وأهله منهما، فمكثنا سنين قد كفانا الله الغرم والمؤنة، ليس أحد من بني هاشم يضحي، وقال: حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. انتهى.

(١) ورواه عن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: الحاكم (٧٥٧١) والبيهقي (١٠٢١٧)، ولفظ الأول: عن عبد الله بن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أنه قال: يقول الله تبارك وتعالى: ﴿فَٱذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَا صَوَآفَّۖ﴾ [الحج: ٣٦] قال: قيامًا على ثلاث قوائم معقولة: بسم الله والله أكبر، اللهم منك وإليك.

ورواه عن علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أيضًا: ابن أبي الدنيا والبيهقي (١٩١٧٨) بلفظ: عن عاصم بن شريب أن عليًا دعا يوم النحر بكبش فقال: بسم الله والله أكبر، اللهم منك ولك ومن علي لك، وقال: ائتني منه بطابق وتصدق بسائره. كما في «كنز العمال» (١٢٦٨٤). قلت: ولفظ البيهقي: بسم الله اللهم منك..

والذَّبحُ بينَ الحلْقِ واللَّبَّةِ[1]، وعُروقُها: حُلقومٌ[2]، ومَريءٌ[3]، ووَدَجان[4]، وقطعُ ثَلاثةٍ كافٍ(س م).

والذَّبحُ: بينَ الحلقِ واللَّبّةِ، وفي «الجامعِ الصَّغيرِ»: لا بأسَ بالذَّبح في الحَلق كلِّه أسفَلِه ووسَطِه وأَعلاه.

والأصلُ فيه: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الذَّكاةُ ما بينَ اللَّبّةِ واللَّحيَين»[5]، وما بينهما

---

(١) لَبّة البعير: موضع نحره، قال الفارابي: اللبة الْمَنْحَر، قال ابن قتيبة: من قال: إنها النقرة في الحلق فقد غلط، والجمع لَبّات مثل حبة وحبات. «المصباح» ٢/ ٥٤٧.

(٢) الحُلقوم: هو الحلق، وميمه زائدة، والجمع حلاقيم بالياء، وحذفها تخفيف. «المصباح» ١/ ١٤٦.

(٣) المريء -وزان كريم-: رأس الْمَعِدة والكَرِش اللازق بالحلقوم، يجري فيه الطعام والشراب، وهو مهموز، وجمعه مُرُؤ بضمتين، مثل بريد وبرد، ومريء الجزور: يهمز ولا يهمز، قاله الفارابي، وقال ثعلب: وغير الفراء لا يهمزه، ومعناه يبقى بياء مشددة، وهكذا أورده الأزهري في باب العين، قال ويجمع مَرِيّ النوق مرايا، مثل صفي وصفايا. «المصباح» ٢/ ٥٦٩.

(٤) الوَدَج -بفتح الدال والكسر لغة-: عرق الأخدع الذي يقطعه الذابح، فلا يبقى معه حياة، ويقال: في الجسد عرق واحد، حيثما قطع مات صاحبه، وله في كل عضو اسم، فهو في العنق الودج والوريد أيضًا... «المصباح» ٢/ ٦٥٢. وَدَجَ الدابةَ وَدْجًا: قطع أوداجها، وهي عروق الحلق في المذبح. «المغرب» ص٤٧٩.

(٥) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٥: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الدارقطني في «سننه» (٤٧٥٤) عن سعيد بن سلام العطار ثنا عبد الله بن بديل الخزاعي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: بعث رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بديل بن ورقاء الخزاعي على جمل أورق، يصيح في فجاج منًى: ألا إن الذكاة في الحلق واللبة. انتهى.

قال في «التنقيح»: هذا إسناد ضعيف بمرة، وسعيد بن سلام أجمع الأئمة على ترك الاحتجاج به، وكذبه ابن نمير، وقال البخاري: يذكر بوضع الحديث، وقال الدارقطني: يحدث بالأباطيل، متروك. =

هو الحلقُ كلُّه؛ لأن[1] الْمَقصودَ إخراجُ الدَّمِ الْمَسفوحِ من الْمَذبوح، وأتَمُّ ما يَكونُ منه بالقَطع في هذا المحَلِّ؛ لأنه مَجمَعُ العُروقِ والْمَجرى، فصار حُكمُ الكلِّ واحِدًا.

والعُروقُ التي تُقطَعُ في الذَّكاة أربَعةٌ: الحُلقومُ، والْمَريءُ، والوَدَجان؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أفْرِ الأوداجَ بما شِئتَ»[2]، وهي عُروقُ الحلقِ في الْمَذبَح، فيَتناوَلُ الكلَّ؛ لأن هذه العُروقَ مَعهودةٌ، فانصَرَف إليها؛ لأن الحملَ على الجِنس لتَعذُّر صرفِه إلى الْمَعهود.

وقِيل: هي جمعٌ، فيَنصرِفُ إلى الثَّلاث، فيَتناوَلُ الوَدَجَين والْمَريءَ بطَريق التَّغليبِ، ويَلزَمُ من ذلك الأمرُ بقَطع الحُلقومِ اقتِضاءً؛ لتَعذُّر قطعِ هذه الثَّلاثةِ بدُون قطعِه، والثّابتُ اقتِضاءً كالثّابِت نصًّا.

=انتهى، وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» موقوفًا على ابن عباس (٨٦١٥) وعلى عمر (٨٦١٤): الذكاة في الحلق واللبة. انتهى.

(١) في (ب) و(د) و(هـ): ولأن.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٥: : غريب، لم يحسن شيخنا علاء الدين مقلدًا لغيره إذ استشهد له بحديث أخرجه أبو داود (٢٨٢٤) والنسائي (٤٤٠١) وابن ماجه (٣١٧٧) عن عدي بن حاتم قلت: يا رسول الله! أرأيت أحدنا يصيب صيدًا وليس معه سكين، أيذبح بالمروة وشقة العصا؟ فقال: «أمرر الدم بما شئت، واذكر اسم الله». انتهى، فإن مقصود المصنف من هذا الحديث الاستدلال على قطع العروق الأربعة أو الثلاثة، قال: لأن الأوداج جمع، وأقله ثلاث، وإنما استدل على إراقة الدم بغير السكين بالحديث الذي بعد هذا الحديث، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٩٨١٠) حدثنا أبو خالد الأحمر عن ابن جريج عمن حدثه عن رافع بن خديج قال: سألت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الذبح بالليطة فقال: «كُل ما أفرى الأوداج، إلا سنًّا أو ظُفُرًا». انتهى، وأخرجه الطبراني في «معجمه» (٧٨٥١) عن عبيد الله بن زَحْرٍ عن علي بن يزيد عن القاسم عن أبي أمامة قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كُل ما أفرى الأوداج ما لم يكن قرض سن، أو جز ظفر»، وفيه قصة.

وظاهِرُه حُجّةٌ على الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ حيث يَقولُ: بقَطع الحُلقومِ والْمَريءِ يَحِلُّ وإن لم يَقطَع الوَدَجين؛ لأنه لا يَحيا بعدَ قطعِ الحُلقومِ والْمَريءِ.

ولمالِكٍ[1] حيث شَرَط قطعَ الكلِّ.

وعندَنا: إن قَطَعها حَلّ، وإن قَطَع الثَّلاثَ منها أيَّ ثَلاثٍ كان عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَحِلُّ، وهو قولُ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ أوَّلًا، وعنه: أنه يُشترَطُ قطعُ الحُلقومِ، وعنه: أنه يُشترَطُ قطعُ الحُلقومِ والْمَريءِ وأحدِ الوَدَجين.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا بُدَّ من قَطع أكثَرِ كلِّ واحِدٍ من هذه الأربَعةِ، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن كلَّ واحِدٍ أصلٌ بنفسه؛ لوُرود الأمرِ بقَطعه، فيُعتبَرُ أكثَرُ كلِّ واحِدٍ منها؛ لتَعذُّر اعتِبارِ الكلِّ من كلٍّ منها.

ولهما: أن الإباحةَ لم تَتعلَّق بقَطع هذه الأربَعةِ بعَينها ليَجِبَ قطعُ الكلِّ، بل لغَيرها[2]، وهو إسالةُ الدِّماءِ الْمَسفوحةِ على سَبيل السُّرعةِ، وهذا الْمَعنى يَحصُلُ بقَطع الأكثَرِ، فوَجَب أن يَقومَ مَقامَ الكلِّ كما قام في كَثيرٍ من الأَحكام؛ تَفادِيًا عن زِيادة التَّعذيبِ.

إلا أن أبا حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: إذا قُطِع أيُّ الثَّلاثِ يَحصُلُ هذا الْمَعنى، فلا حاجة إلى اشتراط غيره.

وهكذا قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في رِوايةٍ، وشَرَط الحُلقومَ في رِوايةٍ؛ لأنه أعظَمُ، فكان أصلًا، فلا بُدَّ منه، والحُلقومَ والْمَريءَ وأحدَ الوَدَجين في رِوايةٍ؛ لأن الحُلقومَ مَجرى النَّفَسِ، والْمَريءُ مَجرى الطَّعامِ والماءِ، فلا يَنوبُ أحَدُهما مَنابَ الآخرِ،

(١) أي هو حجة للإمام مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ، وفي (ج): وعلى مالك. وهو خطأ.

(٢) في (ج): بغيرها.

والوَدَجان مَجرى الدِّماءِ، فيَنوبُ أحدُهما مَنابَ الآخرِ.

وفي «الجامعِ الصَّغيرِ»: إذا قَطَع نِصفَ الحُلقومِ ونِصفَ الأوداجِ والْمَريءِ: لا يَحِلُّ؛ لأن الحِلَّ مُتعلِّقٌ بقَطع الكلِّ أو الأكثَرِ، وليس للنِّصف حُكمُ الكلِّ في مَوضِع الاحتِياطِ.

وإن قَطَع الأكثَرَ من الأَوداجِ والحُلقومِ قبلَ أن يَموتَ: أُكِل، ولم يَحكِ[1] خِلافًا، وقد بَيَّنّا الخِلافَ.

وإنما حَكَم ببقاء الأكثَرِ[2] صاحِبُ «الهِدايةِ» حيث قال: (لأن الأكثَرَ باقٍ، فكأنه لم يَقطَع شيئًا؛ احتِياطًا لجانِب الحُرمةِ): لأنه لَمّا كان الرُّجحانُ لجانِب التَّحريمِ كان للنِّصف الباقِي حُكمُ الأكثَرِ.

ولو بظُفُرٍ(ف)، وقَرْنٍ(ف)، وعظمٍ(ف)، وسِنٍّ(ف) نُزِع، ولِيطةٍ[3]، ومَرْوةٍ[4]، وما أنهَر[5] الدَّمَ، إلا سِنًّا وظُفُرًا قائمَين.

ويَجوزُ الذَّبحُ بالظُّفُر والقرنِ والعظمِ، والسِّنِّ إذا كان مَنزوعًا، حتى لا يَكونُ بأَكله بأسٌ، إلا أنه يُكرَهُ هذا الذَّبحُ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الْمَذبوحُ مَيْتةٌ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «كُلْ ما أنهَر الدَّمَ

---

(١) في (ب) و(ج) و(د): ولم يحل.

(٢) في (هـ): ببقاء الأكثر من الحلقوم.

(٣) الليطة: حجر أبيض براق، يكون فيه النار. «الطلبة» ص١٠٣. وليطة القصب: قشره. «المغرب» ص٤٣٤.

(٤) المروة: حجر أبيض رقيق، يجعل منه المظَارّ (جمع مظرة) وهي كالسكاكين، يذبح بها، وقد سمي بها الجبل المعروف. «المغرب» ص٤٤٠.

(٥) نَهَر الدمُ يَنهَر -بفتحتين-: سال بقوة، ويتعدى بالهمزة، فيقال: أنهرته. «المصباح» ٢/ ٦٢٧.

وأفرى الأوداجَ ما خَلا الظُّفُرَ والسِّنَّ؛ فإنها مُدى الحَبَشةِ»[1]، ولأن الذَّكاةَ فِعلٌ مَشروعٌ، وهذا غيرُ مَشروعٍ، فلا يَكونُ ذَكاةً، كما لو ذَبَح بغَيرِ المَنزوعِ.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أنهِر الدَّمَ بما شِئتَ وكُلْ»[2].

والْمُرادُ بما رَوى[3]: غيرُ الْمَنزوعِ؛ فإن الحَبَشةَ يَستعمِلون في ذلك سِنَّهم وظُفُرَهم قبلَ النَّزعِ.

---

(1) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٦: هو ملفق من حديثين، فروى الأئمة الستة (البخاري ٥٥٤٣، ومسلم ١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج، قال: كنّا مع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سفر، فقلت: يا رسول الله! إنا نكون في المغازي فلا تكون معنا مُدًى، فقال: «ما أنهر الدم، وذُكر اسم الله عليه، فكلوا، ما لم يكن سِنًّا أو ظُفُرًا، وسأحدثكم عن ذلك، أما السن فعظم، وأما الظُّفُر فمُدَى الحبشة». انتهى. أخرجوه مختصرًا، ومطوّلًا. الثاني: رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٩٨١٠) عن رافع بن خُديج، قال: سألت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الذبح باللِّيطة، فقال: «كُلْ ما أفرى الأوداجَ إلا سِنًّا أو ظُفُرًا». انتهى، وتمامه فيه.

(2) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٧: أخرجه أبو داود (٢٨٢٤) والنسائي (٤٤٠١) وابن ماجه (٣١٧٧) عن سماك بن حرب عن مري بن قطري عن عدي بن حاتم، قلت: يا رسول الله! أرأيت أحدنا أصاب صيدًا وليس معه سكين، أنذبح بالمروة وشِقة العصا؟ فقال: «أمرر الدم بما شئت، واذكر اسم الله». انتهى، وفي لفظ النسائي: «أنهر»، وكذلك أحمد في «مسنده».

قال الخطابي: ويروى: «أمرر»، قال: والصواب (أَمْرِ) ساكن الميم، خفيف الراء، أي أسله. انتهى.

قلت: وبهذا اللفظ رواه ابن حبان في «صحيحه» في النوع الخامس والستين من القسم الثالث، والحاكم في «المستدرك»، وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

قال السهيلي في «الرَّوض الأُنُف»: أَمِرَّ الدم بكسر الميم أي أسله، يقال: دم مائر أي سائل، قال هكذا رواه النقاش وفسره، ورواه أبو عبيد بسكون الميم جعله من مريت الضرع، والأول أشبه بالمعنى. انتهى. وجمع الطبراني في «معجمه» بين الروايات الثلاثة، وفيه رواية رابعة عند النسائي في «سننه الكبرى»: «أهرق».

(3) أي قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كُلْ ما أنهَر الدَّمَ وأفرى الأوداجَ ما خَلا الظُّفُرَ والسِّنَّ...».

ولأن الْمَنزوعَ[1] آلةٌ مُحدَّدةٌ يَحصُلُ بها تَسييلُ الدَّمِ النَّجِسِ، فصار كالحَجَر والحَديدِ، بخِلاف غيرِ الْمَنزوعِ؛ لأنه يَقتُلُ بالثِّقَل، فيكونُ في مَعنى الْمُنخنِقةِ.

وإنما يُكرَهُ: لأن آلةَ الذَّبحِ غيرُ الذّابحِ، وظُفُرُه وسِنُّه منه، ولأن فيه زِيادةَ تَعذيبِ على الحَيَوان، وقد أُمِرنا بالإحسان في الذَّبح، قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «وإذا ذَبحتُم فأحسِنوا الذِّبحةَ»[2].

ويَجوزُ الذَّبحُ باللِّيطة والْمَروةِ، وكلِّ شيءٍ أنهَر الدَّمَ وأَفرى الأوداجَ، إلا السِّنَّ والظُّفُرَ القائِمَين، فإن الْمَذبوحَ بهما مَيْتةٌ؛ لِما بَيَّنّا.

وقد نَصَّ محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الجامعِ الصَّغيرِ» على أنها مَيْتةٌ: لأنه وَجَد فيه نَصًّا، وما لم يَجِد فيه نَصًّا يَحتاطُ في ذلك، فيَقولُ في الحِلّ: (لا بأسَ)، وفي الحُرمة: (يُكرَهُ) أو (لم يُؤكَل).

ونُدِب حدُّ[3] الشَّفْرةِ[4].

ويُستحَبُّ أن يُحِدَّ الذّابحُ شَفرتَه؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إن اللهَ تَعالى كَتَب

---

(١) في (ب): المشروع.

(٢) جزء من حديث رواه الترمذي (١٤٠٩) بهذا اللفظ، ورواه مسلم (١٩٥٥) «فأحسنوا الذَّبح» ولفظه: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القِتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذَّبح، وليُحِدَّ أحدُكم شفرتَه، فَلْيُرِح ذبيحته».

(٣) حَدّ السيفُ وغيرُه يَحِدُّ -من باب ضرب- حِدةً، فهو حديد وحادٌّ: أي قاطعٌ ماضٍ، ويعدى بالهمزة والتضعيف، فيقال: أحددته وحَدَّدته، وفي لغة يتعدى بالحركة، فيقال حَدَدته أَحُدُّه من باب قتل، وسكين حديد وحادٌّ. «المصباح» ١/ ١٢٤.

(٤) الشَّفرة: الْمُدية، وهي السكين العريض، والجمع شِفار، مثل كلبة وكلاب، وشَفَرات، مثل سجدة وسجَدات. «المصباح» ١/ ٣١٧.

الإحسانَ على كلِّ شيءٍ، فإذا قَتَلْتُم فأحسِنوا القِتلةَ، وإذا ذَبحتُم فأحسِنوا الذِّبحةَ، ولْيُحِدَّ أحَدُكم شَفرتَه، ولْيُرِحْ ذَبيحتَه»[١].

ويُكرَهُ أن يُضجِعَها ثم يُحِدَّ الشَّفرةَ؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَأى رَجُلًا أضجَعَ شاةً وهو يُحِدُّ شَفرتَه فقال: «لقد أردتَ أن تُميتَها مَوْتاتٍ! هلّا حَدَدتَها قبلَ أن تُضجِعَها؟!»[٢].

وكُرِه النَّخْعُ[٣]، وقطعُ رأسِه، وذبحُه من قَفاه.

وكُرِه النَّخْعُ، وهو: أن يُبلَغَ بالسِّكِّين النَّخاعُ، وتُؤكَلُ ذَبيحتُه.

والنَّخاعُ: عِرقٌ أبيَضُ في عَظم الرَّقَبةِ[٤]، لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى أن تُنخَعَ الشّاةُ إذا ذُبِحت[٥]، وتَفسيرُه ما ذَكَرنا، وقِيل: أن يُمَدُّ رأسُه حتى يَظهَرَ مَذبَحُه، وقِيل: أن

---

(١) تقدم تخريجه آنفًا.

(٢) رواه عبد الرزاق (٨٦٠٨)، والحاكم (٧٥٦٣).

(٣) نَخَعت الشاة نخعًا -من باب نفع-: جاوزت بالسكين منتهى الذبح إلى النُّخاع. «المصباح» ٢/ ٥٩٦.

(٤) نبه السغناقي في «االنهاية» إلى السهو الواقع في الهداية كما مشى عليه المصنف هنا، وقال: هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة، يمتد إلى الصلب.

(٥) قال في «التعريف والإخبار» ٤/ ٢٠: قال المخرجون: لم نجده، قلت: أخرجه محمد في «الأصل» (٥/ ٣٥٢) من طريق أبي غالب عن عبد الله الجزري عن سعيد بن المسيب أنه قال: نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن تنخع الشاة إذا ذبحت. انتهى.

وقال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٨: غريب، وبمعناه ما رواه الطبراني في «معجمه» (١٣٠١٣) حدثنا أبو خليفة الفضل بن الحباب ثنا أبو الوليد الطيالسي ثنا عبد الحميد بن بهرام عن شهر بن حوشب عن ابن عباس: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن الذبيحة أن تفرس. انتهى، ورواه ابن عدي في «الكامل» (٥/ ٦٣)، وأعله بشهر، وقال: إنه ممن لا يحتج بحديثه، ولا نتدين به. انتهى.

قال إبراهيم الحربي في «غريب الحديث»: الفَرْس: أن يذبح الشاة فتنخع. انتهى. =

يُكسَرَ عُنُقُه قبلَ أن يَسكُنَ من الاضطِراب.

وكلُّ ذلك مَكروهٌ؛ لأنه تَعذيبُ الحيَوانِ بلا ضَرورةٍ، وقد نُهِينا عنه[1].

وكُرِه قطعُ الرَّأسِ؛ لأنه فيه زِيادةَ تَعذيبٍ.

فالحاصِلُ: أن ما فيه زِيادةَ أَلَمٍ لا يُحتاجُ إليه في الذَّكاة: مَكروهٌ.

ويُكرَهُ أن يَجُرَّ ما يُريدُ ذبحَه برِجله إلى الْمَذبَح، وأن يَنخَعَ قبلَ أن يَبرُدَ، أي يَسكُنَ من الاضطِراب، وبعدَه لا ألَمَ، فلا يُكرَهُ النَّخْعُ والسَّلخُ.

ثم الكَراهةُ في هذه الصُّوَرِ[2] لِمَعنى زِيادةِ الألمِ قبلَ الذَّبحِ أو بعدَه، فلا يُوجِبُ التَّحريمَ.

فإن ذَبَح الشّاةَ من قَفاها، فبَقِيت حيّةً حتى قَطَع أكثَرَ العُروقِ: حَلّ؛ لتَمام فِعلِ الذَّكاةِ، ويُكرَهُ؛ لِما فيه من زِيادة التَّعذيبِ بلا ضَرورةٍ، فصار كما لو جَرَحها ثم قَطَع الأوداجَ.

= قلت: وروى البخاري معلقًا ٧/ ٩٣ في باب النحر والذبح قال: وقال ابن جريج عن عطاء: لا ذبح ولا منحر إلا في المذبح والمنحر، قلت: أيجزي ما يذبح أن أنحره؟ قال: نعم، ذكر الله ذبح البقرة، فإن ذبحت شيئًا ينحر جاز، والنحر أحب إلي، والذبح قطع الأوداج، قلت: فيخلف الأوداج حتى يقطع النخاع؟ قال: لا إخال، وأخبرني نافع أن ابن عمر نهى عن النخع، يقول: يقطع ما دون العظم، ثم يدع حتى تموت...

وروى البيهقي (١٩١٣٤) قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ونهى عمر بن الخطاب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ عن النخع، وأن تعجل الأنفس أن تزهق. قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: والنخع أن تذبح الشاة ثم يكسر قفاها من موضع الذبح لنخعه، ولمكان الكسر فيه، أو تضرب ليعجل قطع حركتها، فأكره هذا، وقال: ولم يحرمها ذلك لأنها ذكية.

(١) تقدم تخريجه في النفقات.

(٢) في سوى (ج) و(ز): الصورة.

وإن ماتت[1] قبلَ قطعِ أكثرِ العُروقِ لا يَحِلُّ؛ لأنه مات بذَكاة الاضطِرارِ، وهو قادِرٌ على ذَكاة الاختِيارِ.

وذبحُ صَيدٍ استأنَس، وجَرْحُ نَعَمٍ توحَّش(ك)، أو تَردّى(ك) في بِئرٍ.

وما استأنَس من الصَّيد: فذَكاتُه الذَّبحُ؛ لأنه قَدَر على ذَكاة الاختِيارِ، فلا يَحِلُّ بذَكاة الاضطِرارِ؛ لأنها لا تُزيلُ كلَّ الدَّمِ، وإنما يُصارُ إليها عندَ العجزِ عن ذَكاة الاختِيارِ، وقد فات العجزُ.

وما توحَّش من النَّعَم: فذَكاتُه العَقرُ والجَرحُ؛ لأنه لم يُقدَر إلا على ذَكاة الاضطِرارِ.

وكذا ما تَردّى من النَّعَم في بِئرٍ ووَقَع العجزُ عن ذَكاة الاختِيارِ؛ لِما بيَّنّا.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَحِلُّ بذَكاة الاضطِرارِ في الوَجهَين؛ لأن ذلك نادِرٌ، ولا عِبرةَ للنّادِرِ في الأَحكام.

ولنا: أنه حيَوانٌ وَقَع العجزُ عن تَحليله بالذَّكاة الاختِياريّةِ، فيَحِلُّ بالذَّكاة الاضطِراريّةِ، كالوَحشيِّ.

قولُه: (إن التَّوحُّشَ نادِرٌ).. قُلنا: إذا وَقَع فلا بُدَّ من اعتِباره، كيف وقد قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إن لها أوابِدَ كأوابِدِ الوَحْشِ، فإذا غَلَبكم منها شيءٌ فافعَلوا به هكذا»، قاله في بَعيرٍ نَدَّ فرَماه رَجُلٌ بسهمٍ وسَمّى، فقتَله[2].

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الشّاةَ إذا نَدَّت خارِجَ الْمِصرِ تَحِلُّ بالعَقر، وإن نَدَّت في الْمِصر لا تَحِلُّ بالعَقر؛ لأنه يُمكِنُ أخذُها في الْمِصر عادةً، فلم يَتحقَّق العجزُ عن ذَكاة

(١) في (أ) و(د): مات.

(٢) رواه البخاري (٥٥٤٣)، ومسلم (١٩٦٨). والأوابد: جمع آبدة، وهي التي قد تأبدت، أي توحشت ونفرت من الإنس. «إرشاد الساري» ٥/ ١٨٣.

الاختِيارِ، ويُخافُ فوتُها[1] خارِجَ الْمِصرِ، فللعَجز عن ذَكاة الاختِيارِ يُكتفى فيها بذَكاة الاضطِرارِ.

والْمِصرُ وغيرُه سَواءٌ في البَقَر والبَعيرِ؛ لأنهما يَدفَعان عن أنفُسهما، فلا يُقدَرُ على أَخذهما، وإن نَدّا في الْمِصرُ فيَتحقَّقُ العجزُ.

والصِّيالُ كالنَّدِّ إذا كان لا يُقدَرُ على أَخذه، حتى لو قَتَله الْمَصولُ عليه وهو يُريدُ الذَّكاةَ حَلَّ أكلُه.

وسُنَّ نحرُ[2] الإبِلِ، وذبحُ[3] البَقرِ والغَنَمِ، وكُرِه عكسُه(ك)، وحلّ.

وسُنَّ نحرُ الإبِلِ، وذبحُ البقرِ والغنَمِ؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَحر الإبِلَ، وذَبح البقَرَ والغنَمَ[4]، ....

(١) في (ج): موتها.

(٢) النحر: الطعن في نحر البعير، من باب منع. «المغرب» ص٤٥٨.

(٣) الذبح: قطع الأوداج، وذلك للبقر والغنم ونحوهما، وعن الليث: الذبح: قطع الحلقوم من باطن عند النصيل، وهو أظهر وأسلم. «المغرب» ص١٧٣.

(٤) قال في «الهداية» ١/ ١٨٢: والأفضل في البُدن النحر، وفي البقر والغنم الذبح؛ لقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢]، قيل في تأويله: الجزور، وقال الله تعالى: ﴿أَن تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧]، وقال الله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠٧]، والذبح ما أعد للذبح، وقد صح أن النبي عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نحر الإبل وذبح البقر والغنم. انتهى. وقال في «نصب الراية» ٣/ ١٦٣: قلت: تقدم في حديث جابر الطويل (مسلم ١٢١٨): ثم انصرف إلى المنحر، فنحر ثلاثًا وستين بدنة بيده، ثم أعطى عليًا فنحر... الحديث.

وذبح البقر: أخرجه البخاري (١٧٢٠) ومسلم (١٢١١) عن عائشة قالت: فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر، فقلت: ما هذا؟ قالوا ذبح رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن أزواجه، مختصر.

وذبح الغنم: أخرجه الأئمة الستة (البخاري ٥٥٥٨، ومسلم ١٩٦٦) عن أنس، قال: ضحى رسول الله =

قد قال اللهُ تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢]، أي الجزورَ[1]، وقال: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُواْ بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧]، وقال تعالى: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠٧]، وهو الكبشُ.

ولأن مَوضِعَ النَّحرِ من البَعير لا لحمَ عليه، وما سِوى ذلك من حَلْقه عليه لحمٌ غَليظٌ، وعُروقُها تَجتمِعُ في الْمَنحَر، فكان النَّحرُ في الإبِل أسهلَ.

فأما في البقَر والغنَم: فالذَّبحُ أيسَرُ؛ لاجتِماع العُروقِ في الْمَذبَح.

وكُرِه عكسُه، أي لو ذَبَح الإبِلَ أو نَحر البقَرَ والغنَمَ: كُرِه، وحَلّ.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَحِلُّ؛ لِمُخالَفة الْمَشروعِ، وصار كالجَرح في غَير محَلِّ الذَّبحِ.

ولنا: أن الْمَقصودَ تَسييلُ الدَّمِ، وهو حاصِلٌ، وقد قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ما أنهَر الدَّمَ وأَفرى الأوداجَ فكُلْ»[2]، وإنما كُرِه: لِمُخالَفة السُّنّةِ.

ولم يَتذكَّ جَنينٌ(س م ف) بأُمِّه.

ولا يَتذكّى جَنينٌ بذَكاة أُمِّه، حتى لو نَحَر ناقةً، أو ذَبَح بقَرةً أو شاةً، فخَرَج من بَطنها جَنينٌ ميْتٌ: لم يُؤكَل الجَنينُ عندَ أبي حنيفة وزفَرَ والحسَنِ بنِ زِيادٍ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ، أشعَر أو لم يُشعِر.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: إذا تَمَّ خلقُه أُكِل، وإن لم يَتِمَّ خلقُه لم يُؤكَل؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ذَكاةُ الجَنينِ ذَكاةُ أُمِّه»[3]، أي ذَكاةُ الأُمِّ نائِبةٌ عن

= صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بكبشين أملحين، فرأيته واضعًا قدمه على صفاحهما، يُسمي ويكبر، فذبحهما بيده. انتهى.

(١) انظر «تفسير الطبري» ٢٤/ ٦٩٢.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) رواه الإمام أحمد (١١٣٤٣)، وأبو داود (٢٨٢٨)، والترمذي (١٤٧٦)، وابن ماجه (٣١٩٩).

ذَكاة الجَنينِ.

ولأن الجَنينَ جُزءُ الأُمِّ حَقيقةً، حتى يَتغذّى بغِذائها، ويَتنفَّسُ بنَفَسها، ويَنمو بنَمائها، ويُقطَعُ عنها بالْمِقراض، كما يُبانُ الجُزءُ[1] من الجُملة، وحُكمًا، حتى يَدخُلَ في البَيع الوارِدِ على الأُمّ، ويَعتِقُ بعَتقها، ولا يَصِحُّ استِثناؤُه في بَيعها وعَتقِها، كاستِثناء يدِها ورِجلِها.

وإذا كان جُزءًا[2] اعتُبِر الذَّبحُ في الأَصل ذبحًا فيه؛ لأن الذَّبحَ مَبناه على الوُسع والإمكانِ، حتى يَكونُ في الأهليِّ بالذَّبح في الْمَذبَح، فإذا نَدَّ فبالجَرح في أيِّ مَوضِعٍ كان، والذي في وُسعه ذبحُ الأُمِّ؛ لأنه ما دام مُجتنًّا[3] لا يَتأتّى فيه فِعلُ الذَّبحِ مَقصودًا، وبعدَ الإخراجِ لا يَبقى حيًّا.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه أصلٌ في الحَياة، حتى يَنفصِلُ حيًّا، ولا يُتوهَّمُ بَقاءُ الجُزءِ حيًّا بعدَ الانفِصالِ، وكذا بعدَ موتِ الأُمِّ يَنفصِلُ الجَنينُ حيًّا، ولا يُتوهَّمُ بَقاءُ حَياةِ الجُزءِ بعدَ موتِ الأصلِ، والذَّكاةُ تَصرُّفٌ في الحَياة، فإذا كان أصلًا في حُكم الحَياةِ يُشترَطُ فيه ذَكاةٌ على حِدَةٍ؛ ألا تَرى أنه لَمّا جُعِل تبَعًا في العَتق لم يُتصوَّر انفِصالُه رَقيقًا بعدَ عَتقِ الأُمِّ.

وهنا لَمّا تُصُوِّر انفِصالُه حيًّا بعدَ موتِ الأُمِّ تَبيَّن أنه ليس بتبَعٍ فيها، ولهذا تَفرَّد بإيجاب الغُرّةِ، ويَعتِقُ بإعتاقٍ مُضافٍ إليه، وتَصِحُّ الوصِيّةُ له وبه، وهذه أحكامُ النُّفوسِ لا الأجزاءِ.

---

(١) في (ب): كما بينا أن الجزء.

(٢) في (ج): جزءًا منها.

(٣) في (ز) زيادة: أي مستورًا.

والذَّبحُ إنما شُرِع لإنهار الدَّمِ والفصلِ بينَ الرُّطوباتِ السّائلةِ النَّجِسةِ واللَّحمِ الطّاهرِ، وبذَبح الأُمِّ لا يَحصُلُ هذا الْمَقصودُ؛ لأنه ليس بسببٍ لخُروج الدَّمِ عنه، فلا يُجعَل تبَعًا في حقِّه.

بخِلاف ما إذا رَمى إلى صيدٍ فأدماه؛ حيث يَحِلُّ تَناوُله وإن لم يَحصُل الفصلُ بينَ الطّاهرِ والنَّجِسِ على التَّمام؛ لأن أصلَ الجَرحِ قد وُجِد، وهو في الجُملة سببٌ لانفِصال كلِّ الرُّطوباتِ، فأُقِيم السَّببُ مُقامَ الْمُسبَّبِ عندَ العجزِ، وهنا أصلُ السَّببِ لم يُوجَد.

ولئن قُلتَ: لَمّا اكتُفِي بأَصل الجَرحِ الذي هو سببٌ لتَسييل الرُّطوباتِ النَّجِسةِ للعُذر.. وَجَب أن يَسقُطَ اعتِبارُه أصلًا.

فهو باطِلٌ؛ لأن أصلَ الجَرحِ لا يَسقُطُ بالعُذر، كما لو قَتَل الكلبُ الصَّيدَ غمًّا.

والْمُرادُ بالحَديث[1] التَّشبيهُ لا النِّيابةُ، أي: ذَكاةُ الجَنينِ كذَكاة أُمِّه، كقَوله:

فعَيناكِ عَيناها وجِيدُكِ جِيدُها[2]

ولو كان الْمُرادُ به ما قالُوا لقال: (ذَكاةُ الأُمِّ ذَكاةُ الجَنينِ)، كما يُقالُ: (لِسانُ الوَزيرِ لِسانُ الأميرِ).

وإنما يَدخُلُ في البَيع: تَحرِّيًا لجَوازه؛ لئلا يَفسُدَ باستِثنائه.

وإنما يَعتِقُ بإعتاقها: لئلا يَنفصِلَ من الحُرّة ولَدٌ رَقيقٌ.

---

(١) أي حديث: «ذكاة الجنين ذكاة أمه».

(٢) في حاشية (أ): تمامه: سوى أن عظم الساق منك دقيق.

فصل فيما تحل أكله وفيما لا تحل

ولا يُؤكَلُ ذُو نابٍ ومِخلَبٍ[1] من سَبُعٍ وطَيرٍ، وحُمُرٌ أهلِيّةٌ(ك)، وبغلٌ.

ولا يَجوزُ[2] أكلُ كلِّ[3] ذي نابٍ من السِّباع، ولا ذي مِخلَبٍ من الطُّيور؛ لأن النَّبيَّ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ نَهى عن أكل كلِّ[4] ذي مِخلَبٍ من الطُّيور، وكلِّ ذي نابٍ من السِّباع[5].

وقولُه: (من السِّباع) ذُكِر عَقيبَ النَّوعَين، فانصَرَف إليهما، فتَناوَل سِباعَ الطُّيورِ والبَهائمِ، لا كلَّ ما له مِخلَبٌ أو نابٌ، فالحَمامةُ لها مِخلَبٌ، والبَعيرُ له نابٌ، والبقَرُ كذلك.

وقالُوا: الْمُرادُ بالنّاب والْمِخلَبِ ما هو سِلاحٌ منهما، بأن يَصيدَ بهما.

والسَّبُعُ: كلُّ مُختطِفٍ مُنتهِبٍ جارِحٍ قاتِلٍ عادٍ عادةً.

فذو النّابِ من السِّباع: الأسَدُ، والذِّئبُ، والنَّمِرُ، والفهدُ، والثَّعلَبُ، والضَّبُعُ، والكلبُ، والسِّنَّورُ البرِّيُّ والأهليُّ.

---

(١) المِخْلب: للطائر والسباع بمنزلة الظفر للإنسان. «الأنيس» ص١٠٧.

(٢) في (ب): ولا يحل.

(٣) مثبتة من (أ) و(ج).

(٤) مثبتة من (أ) و(ج) و(هـ).

(٥) رواه مسلم (١٩٣٤)، وروى البخاري بعضه (٥٧٨٠).

وذو الْمِخلَبِ من الطُّيور: الصَّقرُ، والبازِيُّ، والنَّسرُ، والعُقابُ، والشّاهينُ.

والْمُؤثِّرُ في الحُرمة الإيذاءُ، وهو طَورًا يَكونُ بالنّاب، وتارةً يَكونُ بالْمِخلَب، أو الخُبثُ، وهو قد يَكونُ خِلقةً، كما في الحَشَرات والهَوامِّ، وقد يَكونُ بعارِضٍ، كما في الجَلّالة.

ومَعنى التَّحريمِ: كَرامةُ بَني آدمَ؛ كيلا يَعدوَ شيءٌ من هذه الصِّفاتِ الذَّميمةِ إليهم بالأَكل.

وكَرِهوا لحمَ الفيلِ: لأنه ذو نابٍ، واليُربوعِ وابنِ عُرسٍ: لأنهما من سِباع الهَوامِّ، والرَّخَمِ والبُغاثِ: لأنهما يَأكُلان الجِيَفَ.

ولا يَجوزُ أكلُ لحمِ الحُمُرِ الأهلِيّةِ والبِغالِ.

وكان بِشرٌ الْمَريسيُّ ومالِكٌ يُبيحان الحِمارَ الأهليَّ؛ لحَديث غالِبِ بنِ أبجَرَ، فإنه قال لرَسول اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لم يَبقَ من مالي إلا حُميراتٌ، فقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلْ من سَمين مالِكَ»[1]، واعتَبراه بالحِمار الوَحشيِّ، وكلُّ حيَوانٍ وحْشِيُّه مَأكولٌ فأهلِيُّه مَأكولٌ، كالإبِل والبقَرِ، وعكسُه: الكلبُ والسِّنَّورُ.

ولنا: أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن لُحوم الخيلِ والبِغالِ والحَميرِ، رَواه خالِدُ بنُ الوَليدِ[2]، ولَمّا بَلَغ عليًّا فَتوى ابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بإباحة الْمُتعةِ فقال: نَهى رَسولُ اللهِ

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٤٣٣٨)، ورواه عبد الرزاق (٨٧٢٨) والطحاوي في «معاني الآثار» (٦٣٧٠) والطبراني ١٨/ ٢٦٥ بلفظ: «أطعم أهلك من سمين مالك، فإنما قذرت جوالي القرية»، ورواه الطحاوي أيضًا ثمة (٦٣٧٥) بلفظ: «كلوا من سمين مالكم».

(٢) رواه أبو داود (٣٧٩٠) ولفظه: عن خالد بن الوليد: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير، زاد حيوة: وكل ذي ناب من السباع. انتهى، وعند النسائي (٤٣٣١) =

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن مُتعة النِّساءِ وعن الحُمُر الأهلِيّة[1].

والْمُحرِّمُ والْمُبيحُ إذا وَرَدا: فالْمُحرِّمُ أَولى؛ لِما مَرّ.

ومَعنى قولِه: «كُلْ من سَمين مالِك»: أي بِعه واستَنفِق ثَمَنه، يُقالُ: (فُلانٌ أكل عَقارَه).

وحلَّ غُرابُ الزَّرعِ[2]، لا أبقَعُ[3] يَأكُل جِيفًا[4].

وحَلَّ غُرابُ الزَّرعِ؛ لأنه يَلتقِطُ الحبَّ، وليس من سِباع الطَّيرِ.

ولا يُؤكَلُ الأبقَعُ الذي يَأكُل الجِيفَ، والغُدافُ؛ لأنهما من الخَبائِث؛ لتَناوُلهما الجِيَفَ.

ولا بأسَ بأَكل العَقعَقِ، فقد قال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: سَألتُ أبا حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ عن

=مرفوعًا: «لا يحل أكل لحوم الخيل، والبغال، والحمير».

قال أبو داود: وهو قول مالك، قال أبو داود: لا بأس بلحوم الخيل، وليس العمل عليه، قال أبو داود: وهذا منسوخ، قد أكل لحوم الخيل جماعة من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، منهم: ابن الزبير، وفضالة بن عبيد، وأنس بن مالك، وأسماء بنت أبي بكر، وسويد بن غفلة، وعلقمة، وكانت قريش في عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تذبحها.

(١) رواه مسلم (١٤٠٧)، والبخاري (٤٢١٦) دون ذكر ابن عباس رضي الله تعالى عنه. وورد مع ذكره ألفاظ قريبة منها عند البخاري (٦٩٦١) ومسلم (١٤٠٧).

(٢) غراب الزرع: هو من طير البر، ضخم، طويل المنقار، أبلق، بسواد وبياض، وهو اللقلق. «المغرب» ص ٣٩٠.

(٣) بَقِع الغرابُ وغيره بَقَعًا -من باب تعب-: اختلف لونه، فهو أبقع. «المصباح». ١/ ٥٧.

(٤) الجيفة: الميتة من الدواب والمواشي إذا أنتنت، والجمع جِيَف، مثل سدرة وسِدَر، سميت بذلك لتغير ما في جوفها. «المصباح» ١/ ١١٦.

العَقعَق فقال: لا بأسَ به، فقُلتُ: إنه يَأكُل الجِيَفَ، فقال: إنه يَخلِطُ بشيءٍ آخرَ، فثبَت من أَصله: أن ما يَخلِطُ لا بأسَ بأَكله، كالدَّجاج.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُكرَهُ أكلُه؛ لأن غالِبَ أكلِه الجِيَفُ.

وكُرِه أكلُ ضَبُعٍ(ف)، وضَبٍّ(ف)، وزُنبورٍ(ف)، وسُلَحْفاةٍ(ف)، وحَشَراتٍ(ف)(١)، وخَيلٍ(س م ف)، لا أرنَبٍ.

ويُكرَهُ أكلُ الضَّبُعِ، والضَّبِّ، والزُّنبورِ، والسُّلَحْفاةِ، والحشَراتِ كلِّها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُؤكَلُ الضَّبُعُ والضَّبُّ والثَّعلَبُ؛ لقَوله تَعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ...﴾ الآيةَ [الأنعام: ١٤٥].

ولنا: ما رَوَينا(٢).

والضَّبُعُ والثَّعلَبُ من السِّباع على ما فَسَّرنا.

وأما الضَّبُّ: فلِما رُوِي عن عائِشةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا أنه أُهدِي لها ضبٌّ، فسَأَلَت رَسولَ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن أَكله، فكَرِهه، فجاء سائِلٌ فأَرادت أن تُطعِمَه إيّاه، فقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «أتُطعِمين ما لا تأكُلين!؟»(٣).

(١) الحشرة: الدابة الصغيرة من دواب الأرض، والجمع حشرات، مثل قصبة وقصبات، وقيل: الحشرة الفار والضباب واليرابيع. «المصباح» ١/ ١٣٦.

(٢) من نهيه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن أكل كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٩٥: روي أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عائشة عن الضب حين سألته عن أكله، قلت: غريب، وأخرج أبو داود في الأطعمة (٣٧٩٦) عن إسماعيل بن عياش عن ضمضم بن زرعة عن شريح بن عبيد عن أبي راشد الحبراني عن عبد الرحمن بن شبل: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن أكل لحم الضب. انتهى، وضمضم بن زرعة شامي، ورواية ابن عياش عن الشاميين صحيحة، قال المنذري في «مختصره»: وإسماعيل بن عياش وضمضم فيهما مقال، وقال الخطابي: ليس إسناده=

والزُّنبورُ من الْمُؤذِيات، والسُّلَحْفاةُ من خَبائِث الحشَراتِ، وقد قال اللهُ تَعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

ويُكرَهُ لحمُ الخيلِ عندَ أبي حنيفة ومالِكٍ رَحِمَهُمَااللَّهُ، وعندَ أبي يوسف ومحمدٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمُاللَّهُ: لا بأسَ بأكله؛ لحَديث جابرٍ: أن رَسولَ اللهِ صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ نَهى يومَ خَيبرَ(١) عن لُحوم الحُمُرِ الأهلِيّةِ، وأذِن في الخَيل(٢).

= بذاك، وقال البيهقي: لم يثبت إسناده، إنما تفرد به إسماعيل بن عياش، وليس بحجة. انتهى.

وقال في «التعريف والإخبار» ٤/ ٣٣ بعد أن ذكر لفظ الكتاب هنا ولفظ «الهداية»: قال المخرجون: لم نجده، قلت: كلتا الروايتين موجودتان، أخرج الطحاوي (في «معاني الآثار» ٦٣٦٠) عن عائشة رَضِيَاللَّهُعَنهَا: أن النبي صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أهدي له ضب فلم يأكله، فقام عليهم سائل فأرادت عائشة رَضِيَاللَّهُعَنهَا أن تعطيه، فقال لها النبي صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «أتعطينه ما لا تأكلين؟».

وأخرج ابن أبي شيبة (٢٤٣٤٥) حدثنا عبيد الله بن سعيد عن سفيان عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت: أهدي إلى رسول الله صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ ضب فلم يأكل منه، قالت: فقلت: يا رسول الله! ألا أطعمه السؤّال؟ قال: «لا تطعمي السؤّال ما لا تأكلين منه» [كذا لفظ «المصنَّف» ولفظ «التعريف» «إلا مما تأكلين»].

وأخرجه أحمد بن منيع في «مسنده» (كما في «إتحاف الخيرة» ٥/ ٢٩٥) ولفظه عنها قالت: أتي النبي صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ بضب فكرهه، أو نهى عنه، فقالوا: نطعمه الخدم؟ فقال: «لا تطعموهم إلا مما تأكلون».

وأخرج الإمام أحمد (٢٤٧٣٦) حدثنا أبو سعيد قال: حدثنا حماد بن سلمة عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت: أتي رسول الله صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ بضب فلم يأكله، ولم ينه عنه، قلت: يا رسول الله! أفلا نطعمه المساكين؟ قال: «لا تطعموهم مما لا تأكلون».

وأخرج الحارثي في «المسند» عن أبي حنيفة رَضِيَاللَّهُعَنهُ عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رَضِيَاللَّهُعَنهَا: أنه أهدي لها ضب، فسألت النبي صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ فنهاها عن أكله، فجاء سائل، فأمرت له به، فقال رسول الله صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «أتطعمين ما لا تأكلين؟!». انتهى.

(١) في (هـ): حنين.

(٢) رواه مسلم (١٩٤١).

ولأن سُؤرَه طاهِرٌ على الإطلاق، وبولُه كبَول ما يُؤكَلُ لحمُه، فدَلَّ أنه مَأكولٌ، كالأنعام.

وله: قولُه تَعالى: ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ لِتَرۡكَبُوهَا وَزِينَةٗۚ...﴾ الآيَةَ [النَّحل: ٨]، سِيقت لبَيان الْمِنّةِ، وقد مَنَّ علينا بالرُّكوب، ولم يُبيِّن الأكلَ، ولو كان مَأكولًا لكان الأَولى بَيانَ مَنفَعةِ الأكلِ؛ لأنه أعظَمُ وُجوهِ الْمَنافِعِ، فبه بَقاءُ النُّفوسِ، ولا يَليقُ بحِكمة الحَكيمِ العُدولُ عن بَيان أعظَمِ الْمَنافِعِ إلى بَيان الأَدنى عندَ إظهارِ الْمِنّةِ.

وهذا الاستِدلالُ مَنقولٌ عن ابن عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[1].

فإن قِيل: إنما لم يُذكَر: لأنه يُفهَمُ الأَعلى بذِكر الأَدنى بالطَّريق الأَولى.

قُلنا: ذاك إنما يَصِحُّ إذا كان البَيانُ بطَريق الكِفايةِ[2]، وما نحن بصَدَده من قَبيل بَيانِ النِّهايةِ؛ ألا تَرى إلى قَوله تَعالى فيما سَبَق: ﴿وَٱلۡأَنۡعَٰمَ خَلَقَهَاۖ لَكُمۡ فِيهَا دِفۡءٞ وَمَنَٰفِعُ وَمِنۡهَا تَأۡكُلُونَ﴾ [النَّحل: ٥]، ثم عَطَف عليه: ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ﴾، فلو كان الْمُرادُ ما ذَكَرتُم لاكتَفى بقَوله: ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ﴾ من غَير ذِكرِ شيءٍ آخَرَ من الْمَنافِعِ، فلما قال: ﴿لِتَرۡكَبُوهَا﴾ ثَبَت أن الحُكمَ في الْمَعطوف عليه غيرُ الحُكمِ في الْمَعطوف.

ولأن البغلَ حَرامٌ، وإن ولَدَتْه رَمَكةٌ، ولو حَبِلت[3] الرَّمَكةُ لحَلَّ ولَدُها، كوَلَد الشّاةِ

(١) روى الإمام أبو يوسف في «الآثار» (١٠٥١) عن عكرمة، عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أنه كان يكره لحوم الخيل، ويقرأ هذه الآية: ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ لِتَرۡكَبُوهَا﴾ [النَّحل: ٨].

وروى ابن أبي شيبة (٢٤٣٢٠) عن مولى نافع بن علقمة: أن ابن عباس كان يكره لحوم الخيل والبغال والحمير، وكان يقول: قال الله جل ثناؤه: ﴿وَٱلۡأَنۡعَٰمَ خَلَقَهَاۖ لَكُمۡ فِيهَا دِفۡءٞ وَمَنَٰفِعُ وَمِنۡهَا تَأۡكُلُونَ﴾، فهذه للأكل، ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ لِتَرۡكَبُوهَا﴾، فهذه للركوب.

(٢) في (هـ): الكناية.

(٣) في (ب) و(د): حلب، وفي (هـ): حملت، والمثبت من (ج).

إن حَبِلت من ذِئبٍ، وولَدِ الأتانِ البَرِّيَّةِ من الحِمار.

ولأنه آلةُ إرهابِ العدوِّ، فيُكرَهُ أكلُه احتِرامًا له، ولهذا يُضرَبُ له سهمٌ من الغَنيمة.

وما رَوَينا من حَديث خالِدٍ مُعارَضٌ بحَديث جابرٍ، والتَّرجيحُ للمُحرِّم.

ثم قِيل[1]: الكَراهةُ عندَه كَراهةُ تنزيهٍ؛ لأن كَراهتَه لِمَعنى الكَرامةِ؛ كيلا يَحصُلَ بإِباحته تَقليلُ آلةِ الجِهادِ، ولهذا كان سُؤرُه طاهِرًا، وهو ظاهِرُ الرِّوايةِ، وهو الصَّحيحُ، كذا ذَكَره فخرُ الإسلامِ وأبو الْمُعينِ في جامِعَيهما، وقِيل: كَراهةُ تَحريمٍ.

وحُكِي عن عَبد الرَّحيمِ[2] الكَرْمينيِّ أنه قال: كُنتُ مُتردِّدًا في هذه الْمَسألةِ، فرَأيتُ أبا حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في الْمَنام يَقولُ لي: (كَراهةُ تَحريمٍ يا عبدَ الرَّحيمِ)، وإليه مال صاحِبُ «الحصرِ» و«الهِدايةِ».

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَا اللَّهُ: الكَراهةَ في سُؤره، كما في لَبَنه.

وقِيل: لا بأسَ بلَبَنه؛ لأنه ليس في شُربه تَقليلُ آلةِ الجِهادِ.

ولا بأسَ بأَكل الأرنَبِ؛ لأن أعرابيًّا أَهدى إلى رَسول اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أرنبًا مَشويًّا، فقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لأَصحابه: «كُلُوا»[3].

(١) في (هـ): ثم أصل.

(٢) في (ج): عبد الرحمن.

(٣) روى النسائي (٢٤٢٧) عن ابن الحوتكية قال: قال أبي: جاء أعرابي إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ومعه أرنب قد شواها وخبز، فوضعها بين يدي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثم قال: إني وجدتها تدمى، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لأصحابه: «لا يضر، كلوا»، وقال للأعرابي: «كل»، قال: إني صائم، قال: «صوم ماذا؟»، قال: صوم ثلاثة أيام من الشهر، قال: «إن كنت صائمًا فعليك بالغر البيض، ثلاث عشرة، وأربع عشرة، وخمس عشرة»، قال أبو عبد الرحمن -النسائي-: الصواب عن أبي ذر، ويشبه أن يكون وقع من الكتاب ذر، فقيل أبي. =

ولأنه ليس من السِّباع، ولا من أكَلة الجِيَفِ، فصار كالظَّبي.

وذبحُ ما لا يُؤكَلُ: يُطهِّرُ(ف) لحمَه وجِلدَه، إلا الآدَميَّ والخِنزيرَ.

وإذا ذُبِح ما لا يُؤكَلُ لحمُه: طَهُر لحمُه وجِلدُه، إلا الآدَميَّ والخِنزيرَ، فإن الذَّكاةَ لا تَعمَلُ في الآدَميّ؛ لحُرمته وكَرامتِه، وفي الخِنزير لخُبثه ونَجاستِه، كما في الدِّباغ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الذَّكاةُ لا تُؤثِّرُ في جَميع ذلك؛ لأن الذَّكاةَ تُؤثِّرُ في حِلِّ اللَّحمِ قصدًا، وفي طَهارة اللَّحمِ والجِلدِ تبَعًا، وفَواتُ الأصلِ يَدُلُّ على فَوات التَّبَعِ، فصار كذَبح الْمَجوسيِّ.

ولنا: أن الذَّكاةَ مُؤثِّرةٌ في إزالة الرُّطوباتِ النَّجِسةِ، فإذا زالت طَهُر، كما مَرَّ في الدِّباغ، وهذا حُكمٌ مَقصودٌ في الجِلد، كالتَّناوُل في اللَّحم، وذبحُ الْمَجوسيِّ إماتةٌ، فلا بُدَّ من الدِّباغ، وكما يَطهُرُ لحمهُ يَطهُرُ شحمُه، حتى لو وَقَع في الماء القَليلِ لا يُفسِدُه عندَنا.

= وفي رواية عنده أيضًا (٢٤٢٩): «كلوا، فإني لو اشتهيتها أكلتها».

وروى أبو داود (٢٨٢٢) والترمذي (١٤٧٢) والنسائي (٤٣٩٩) وابن ماجه (٣٢٤٥) عن محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد، قال: اِصَّدتُ أرنبين، فذبحتهما بمروة، فسألت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنهما، فأمرني بأكلهما.

وروى البخاري (٥٤٨٩) ومسلم (١٩٥٣) عن أنس بن مالك رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: أنفجنا أرنبًا بمر الظهران، فسعوا عليها حتى لغبوا، فسعيت عليها حتى أخذتها، فجئت بها إلى أبي طلحة، فبعث إلى النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بوركيها أو فخذيها، فقبله.

وفي رواية للبخاري (٢٥٧٢)، عن هشام بن زيد بن أنس بن مالك، عن أنس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، قال: أنفجنا أرنبًا بمر الظهران، فسعى القوم فلغبوا، فأدركتها فأخذتها، فأتيت بها أبا طلحة، فذبحها وبعث بها إلى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بوركها أو فخذيها -قال: فخذيها لا شك فيه- فقبله، قلت: وأكل منه؟ قال: وأكل منه، ثم قال بعدُ: قبِله.

ثم قِيل: لا يَجوزُ الانتِفاعُ به في غَير الأكلِ: اعتِبارًا بالأكل، وقِيل: يَجوزُ، كالزَّيت إذا خالَطه ودَكُ الميْتةِ والزَّيتُ غالِبٌ، فإنه لا يُؤكَلُ، ويُنتفَعُ به في غَير الأكلِ.

ولا يُؤكَلُ مائِيٌّ(ف)، إلا سَمكٌ غيرُ طافٍ(ف ك)، وحلَّ بلا ذَكاةٍ(١)، كالجَراد(ك).

ولا يُؤكَلُ من حَيوان الماءِ إلا السَّمَكُ.

وقال مالِكٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ وجماعةٌ: يُؤكَلُ جَميعُ حيَوانِ البحرِ، واستَثنى بعضُهم الكلبَ والخِنزيرَ والإنسانَ(٢)، والخِلافُ في البَيع والأكلِ واحِدٌ.

لهم: قولُه تَعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمۡ صَيۡدُ ٱلۡبَحۡرِ﴾ [المائدة: ٩٦]، وقولُه عَلَيۡهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ في البَحر: «هو الطَّهورُ ماؤُه والحِلُّ مَيتتُه»(٣)، ولم يَفصِل بينَ صيدٍ وصيدٍ، ومَيتةٍ ومَيتةٍ.

ولأن الْمُحرَّمَ هو الدَّمُ، ولا دمَ في هذه الحيَوانات؛ إذ لو كانت لها دمٌ لانطَفت بدَوام السُّكونِ في الماء، فصارت كالسَّمك.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، والخَبيثُ: ما يَستخبِثُه الطَّبعُ السَّليمُ، وما سِوى السَّمَكِ يَستخبِثُه الطَّبعُ السَّليمُ، فيَحرُمُ بظاهِر النَّصِّ، وقولُه تَعالى: ﴿أَوۡ لَحۡمَ خِنزِيرٍ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، ولم يَفصِل بينَ البرِّيِّ منه والبحريِّ، وقد نَهى النَّبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ عن بَيع السَّرطانِ(٤)، وعن أَكل الضِّفدَعِ(٥).

---

(١) الذكاة: الذبح، اسمٌ مِن ذَكَّى الذبيحة تذكيةً إذا ذبحها. «المغرب» ص١٧٥.

(٢) أي كلب الماء وخنزير الماء وإنسان الماء.

(٣) رواه الإمام أحمد (٨٧٣٥)، وأبو داود (٨٣)، والترمذي (٦٩)، والنسائي (٥٩)، وابن ماجه (٣٨٦).

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٠١: غريب جدًّا.

(٥) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٠١: نهى رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ عن دواء يتخذ فيه الضفدع،=

وما تلوا[1] ورَوَوا[2] محمولٌ على السَّمَك.

ولا يُؤكَلُ السَّمَكُ الطّافِي، وقال مالِكٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا بأسَ به؛ لقَولِه تَعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ﴾ [المائدة: ٩٦]، قِيل: الطَّعامُ من السَّمَك ما يُوجَدُ فيه ميتًا، وقولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «والحِلُّ مَيتتُه»، وقولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «أُحِلَّتْ لنا مَيتتان ودَمان، أما الْمَيتتان: فالسَّمَكُ والجَرادُ، وأما الدَّمان: فالكَبِدُ والطِّحالُ»[3].

ولنا: حَديثٌ خاصٌّ عن جابرٍ عن النَّبيِّ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ أنه قال في السَّمَك: «ما لَفَظه البحرُ فكُلوه، وما نَضَب عنه الماءُ فكُلوه، وما طَفا على الماء[4] فلا تأكُلوه»[5].

=قلت: أخرجه أبو داود (٣٨٧١) في الطب وفي الأدب، والنسائي في الصيد (٤٣٥٥) عن ابن أبي ذئب عن سعيد بن خالد عن سعيد بن المسيب عن عبد الرحمن بن عثمان القرشي: أن طبيبًا سأل رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ عن الضفدع يجعلها في دواء، فنهى عن قتلها. انتهى. ورواه أحمد، وإسحاق بن راهويه، وأبو داود الطيالسي في مسانيدهم، والحاكم في «المستدرك» في الفضائل عن عبد الرحمن بن عثمان التيمي، وسكت عنه، وأعاده في الطب، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، وقال البيهقي: هو أقوى ما ورد في الضفدع، وسعيد بن خالد هو القارظي، ضعفه النسائي ووثقه ابن حبان، وقال الدارقطني: مدني، يحتج به.

قال المنذري في «حواشيه»: فيه دليل على تحريم أكل الضفدع؛ لأن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ نهى عن قتله، والنهي عن قتل الحيوان، إما لحرمته كالآدمي، وإما لتحريم أكله كالصرد والهدهد، والضفدع ليس بمحترم، فكان النهي منصرفًا إلى الوجه الآخر. انتهى كلامه. وجهل من عزا هذا الحديث للبيهقي، وترك سنن أبي داود والنسائي، والله أعلم.

(١) أي قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦].

(٢) أي قوله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «هو الطَّهورُ ماؤُه والحِلُّ مَيتتُه».

(٣) رواه الإمام الشافعي (٦٠٧) بترتيب السندي، والإمام أحمد (٥٧٢٣)، وابن ماجه (٣٣١٤).

(٤) في (هـ): على وجه الماء.

(٥) رواه الطبراني في «الأوسط» (٥٦٥٦) بلفظ: عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «ما نضب=

وعن عليٍّ، وابنِ عبّاسٍ، وابنِ عمرَ، وأبي هُرَيرةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم: مِثْلُ مَذهَبِنا[1]، وإنه بابٌ لا يُعرَفُ قِياسًا، فثَبَت أنهم قالُوه سَماعًا.

والْمُرادُ بطَعام البحرِ: المالِحُ الْمُقدَّدُ منه، وبمَيتته: ما لَفَظه؛ ليكونَ موتُه مُضافًا إلى البَحر، لا ما مات فيه بلا آفةٍ.

ولا بأسَ بأَكل الجِرِّيثِ، والْمَارْماهيِّ، وأنواعِ السَّمَكِ، والجَرادِ.. بلا ذَكاةٍ.

وقال مالِكٌ: لا يَحِلُّ الجَرادُ إلا أن يَقطَعَ الآخِذُ رأسَه أو يَشويَه؛ لأنه صيدُ البرِّ؛ ألا تَرى أنه يَجِبُ على الْمُحرِمِ بقَتله الجَزاءُ، فلا يَحِلُّ إلا بالقَتل، كسائِر صُيودِ[2] البرِّ[3].

ولنا: ما تَلَونا[4] ورَوَينا[5].

= عنه البحر وهو حي فمات فكلوه، وما ألقى البحر حيًّا فمات فكلوه، وما وجدتموه ميتًا طافيًا فلا تأكلوه».

وقال في «نصب الراية» ٤/ ٢٠٢: روى جابر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «ما نضب عنه الماء فكلوا، وما لفظه الماء فكلوا، وما طفا فلا تأكلوا»: غريب بهذا اللفظ، وأخرج أبو داود (٣٨١٥)، وابن ماجه (٣٢٤٧) عن جابر أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما ألقاه البحر، أو جزر عنه: فكلوه، وما مات فيه وطفا: فلا تأكلوه»... إلخ.

(١) ورد هذا عن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كما ذكر أبو داود هذا في حديثه المار ورجح وقفه، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٠٤. وقال في «الدراية» ٢/ ٢١٣: قوله: وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا -يعني كراهة أكل الطافي-: ابن أبي شيبة من طريق جابر (١٩٧٤٦) وعلي (١٩٧٥٠) وابن عباس (١٩٧٤٩)، وأخرج الدارقطني إباحته عن أبي بكر وعن أبي أيوب.

(٢) في (ز): حيوان.

(٣) في (ب) و(د): البحر.

(٤) لم أقف على المقصود من المتلو هنا، اللهم إلا أن يكون المراد قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ﴾ [المائدة: ٩٦]، ولكن ليس في الآية الإشارة إلى الجراد.

(٥) أي حديث: «أحلت لنا ميتتان ودمان...».

وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ذكاةُ السَّمَكِ والجَرادِ أخذُه[1]. أي يَثبُتُ الحِلُّ فيهما بالأَخذ من غَير الذَّكاةِ.

وسُئِل عن الجَراد يَأخُذه الرَّجُل من الأَرض وفيه الميْتُ وغيرُه، فقال: كُلْه كُلَّه، وفي رِوايةٍ: كُلْه كُلَّه[2]، وهذا مَعدودٌ في[3] فَصاحته.

ولأن موتَه لا بُدَّ من أن يَكونَ بسبَبٍ، فإنه بحريُّ الأصلِ برِّيُّ الْمَعاشِ، كما قِيل: إن بيضَ السَّمَكِ إذا انحسَر عنه الماءُ يَصيرُ جَرادًا، فإذا مات في البرِّ فقد مات في غَير مَوضِعِ أصلِه، وإذا مات في الماء فقد مات في غَير مَوضِعِ مَعاشِه، وذلك سببٌ لِمَوته.

ورُوِي أن مَريمَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا سَألت لحمًا هنيًّا، فرُزِقت الجَرادَ[4]، وعمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان مُولَعًا بأَكل الجَرادِ[5].

(١) رواه الإمام محمد في «الأصل» ٥/ ٣٥٦ بلاغًا، وانظر التخريج القادم فإنه بمعناه.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٠٥: غريب بهذا اللفظ، وروى عبد الرزاق في «مصنفه» (٨٦٦٣) أخبرنا سفيان الثوري عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي قال: الحيتان والجراد ذكيٌّ كُلُّه. انتهى، وأخرج الدارقطني (٤٧٢٦) عن معاذ بن هشام حدثني أبي عن قتادة عن جابر بن زيد قال: قال عمر بن الخطاب: الحوت ذكي كله، والجراد ذكي كله. انتهى. وروى الطبراني في «معجمه» (١٣٣٣٣) حدثنا محمد بن الحسين الأنماطي ثنا داود بن رشيد ثنا سويد بن عبد العزيز عن أبي هاشم الأيلي عن زيد بن أسلم عن ابن عمر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «كل دابة من دواب البر والبحر ليس لها دم ينعقد فليس لها ذكاة». انتهى بتصرف يسير.

(٣) في (ج): من.

(٤) روى الطبراني (٧٦٣١) والبيهقي (٩/ ٤٣٣) عن يزيد القيني قال: سمعت أبا أمامة يحدث عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أن مريم سألت ربها لحمًا لا دم فيه، فأطعمها الجراد، فقالت: اللهم أحيه بغير رضاع، وتابع بينه بغير شباع».

ولفظ البيهقي: «وتابع بينه بغير شياع». قلت: يا أبا الفضل! ما الشياع؟ قال: الصوت.

(٥) روى الإمام مالك في «الموطأ» ٢/ ٩٣٣ عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أنه قال: سئل=

والأصلُ في السَّمك عندَنا: أن ما مات منه بسببٍ فهو حَلالٌ، كالمَأخوذ منه، وما مات منه بغَير سببٍ لا يَحِلُّ، كالطّافي.

فإن ضَرب سَمَكةً، فقَطَع بعضَها: يَحِلُّ أكلُ ما أُبين وما بَقِي؛ لأن موتَه بسببٍ، وما أُبين من الحيّ وإن كان ميْتًا فمَيتتُه حَلالٌ بالحَديث(١).

وكذا إن وَجَد في بَطنها سَمَكةً أُخرى؛ لأن ضِيقَ الْمَكانِ سببٌ لِمَوتها.

وكذا إن قَتَلها شيءٌ من طَير الماءِ أو غيرِه.

وكذا إن ماتت في حُبٍّ(٢) ماءٍ، أو جَمَعها في حَظيرةٍ لا تَستطيعُ الخُروجَ منها، وهو يَقدِرُ على أَخذها بغَير صيدٍ فمِتنَ فيها؛ لأن ضِيقَ الْمَكانِ سببٌ لِمَوتها.

وإذا ماتت في الشَّبَكة وهي لا تَقدِرُ على التَّخلُّص منها، أو أَكل شيئًا أَلقاه في الماء ليَأكُلَه فمات منه، أو رَبَطها في الماء فماتت، أو انجمَد الماءُ فبَقِيت بينَ الجَمْدِ

= عمر بن الخطاب عن الجراد؟ فقال: وددت أن عندي قفعةً نأكل منه.

وروى عبد الرزاق (٨٧٥١) وابن أبي شيبة (٢٤٥٦٣) عن ابن عمر قال: ذكر لعمر جراد بالربذة، فقال: لوددت أن عندنا منه قفعةً أو قفعتين.

وروى ابن أبي شيبة (٢٤٥٦٦) والبيهقي (١٩٠٠٢) واللفظ له: عن سعيد بن المسيب: أن عمر وابن عمر والمقداد بن سويد وصهيبًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أكلوا جرادًا، فقال عمر: لو أن عندنا منه قَفْعةً أو قفعتين.

قال أبو عبيدة: القفعة: شيء شبيه بالزنبيل، ليس بالكبير، يعمل من خوص، وليست له عرى.

وروى المقدسي في «المختارة» (٢١٧٤) عن سنان بن عبد الله الأنصاري قال: سألت أنس بن مالك عن الجراد فقال: خرجنا مع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى حنين، ومع عمر بن الخطاب قَفعةٌ فيها جراد قد احتقبها وراءه، فيأخذ منها فيناولنا ونأكل، ورسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ينظر، قال أنس: ثم رجعنا إلى المدينة فكنا نؤتى به فنشتريه ونكثر، ونجففه فوق الأجاجير فنأكل منه زمانًا.

(١) أي حديث: «أحلت لنا ميتتان ودمان...».

(٢) في (هـ) و(ز): جب.

وماتت: تُؤكَل.

فإن ماتت بحَرِّ الماءِ أو بردِه: تُؤكَل في رِوايةٍ؛ لوُجود السَّبَبِ لِمَوتِها، وفي رِوايةٍ أُخرى: لا تُؤكَلُ؛ لأن الماءَ لا يَقتُلُ السَّمَكَ حارًّا كان أو بارِدًا.

ذُبِح، فتَحرَّك، أو خَرَج الدَّمُ: حلّ، وإلا لا إن لم يُدْرَ حَياتُه، وإن عُلِم حلّ، كالْمَجروح[و].

ذَبَح شاةً أو بقَرةً، فتحرَّكت بعدَ الذَّبحِ، أو خَرَج منها دمٌ: تَحِلُّ، وإن لم تَتحرَّك ولم يَخرُج الدَّمُ: لا تَحِلُّ.

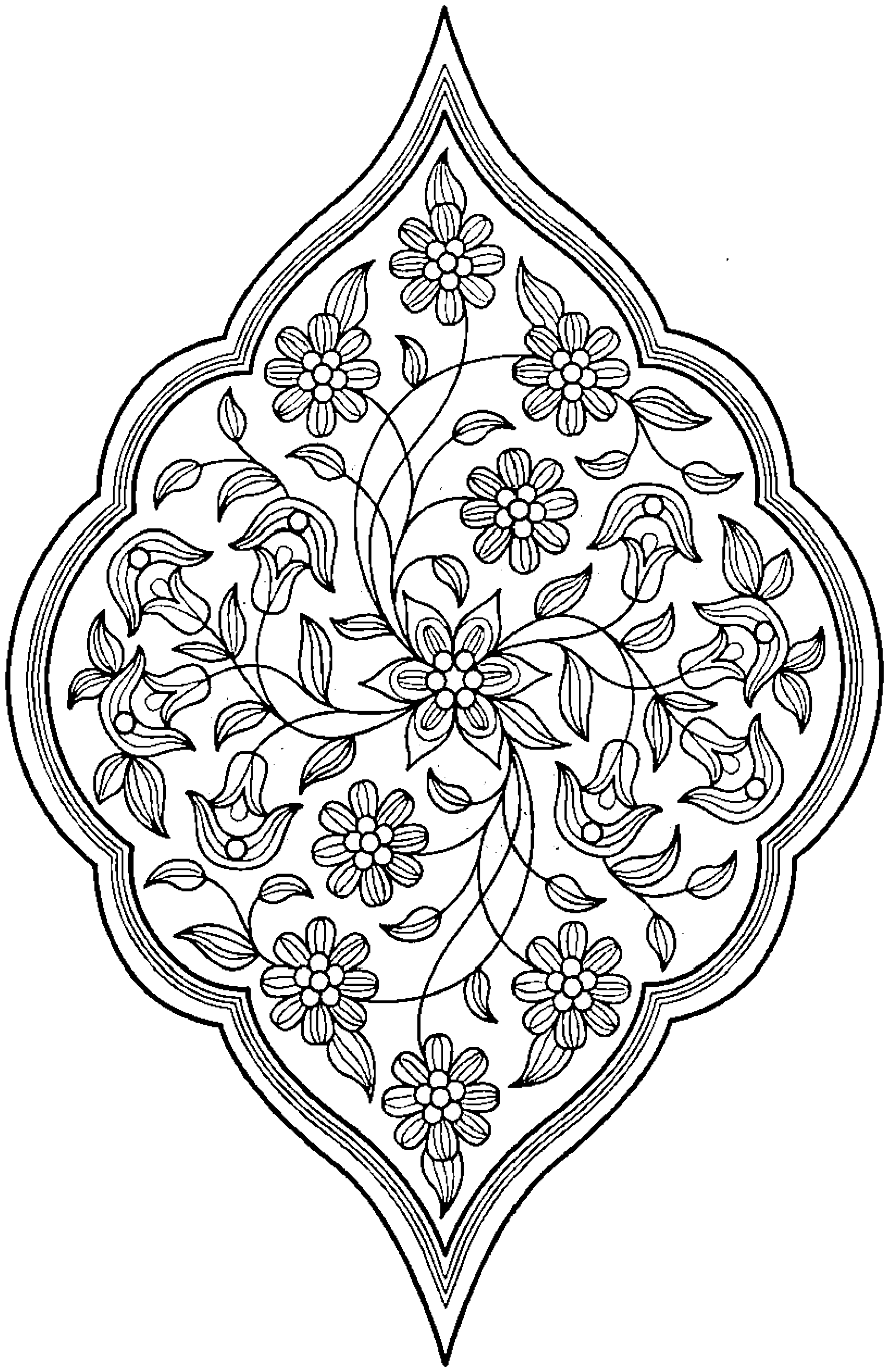
وهذا إذا لم تُدْرَ حَياتُه وقتَ الذَّبحِ، فإن عَلِم حَلَّ، وإن لم تَتحرَّك ولم يَخرُج الدَّمُ، كالْمَجروح، أي لو ذَبَح الْمُنخنِقةَ أو الْمَوقوذةَ أو الْمُتردِّيَةَ أو النَّطيحةَ، أو التي بقَر الذِّئبُ بطنَها.. وبها حَياةٌ: حَلَّ في ظاهِر الْمَذهَبِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، ولا تَفصيلَ في ظاهِر الرِّوايةِ.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إنما يَحِلُّ إذا كان بحالٍ يَعيشُ يومًا لولا الذَّكاةُ؛ لأنه إذا كان بحالٍ يَموتُ سَريعًا لا يُدرى أنه مات بذَبحه أو بما أَصابه، فدَخَل الشَّكُّ في الحِلِّ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إذا كان بحالٍ يَعيشُ أكثرَ اليومِ لولا الذَّكاةُ يُؤكَلُ، وإلا لا؛ إقامةً للأكثَر مُقامَ الكلِّ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إذا بَقِي من حَياته أكثرُ من حَياة الْمَقطوعِ أوداجُه يَحِلُّ، وإلا لا، واللهُ أعلَمُ.

كِتَابُ الأُضْحِيَّةِ



كِتَابُ الأُضْحِيَةِ

كِتابُ الأُضحِيّةِ(١)

هي: ما يُضحّى به(٢)، أي يُذبَحُ، وجمعُها: الأضاحِيُّ، ويُقالُ: ضَحِيّةٌ وضَحايا، كهَدِيّةٍ وهَدايا، وأُضحاةٌ، وأَضحى، وبه سُمِّي يومُ الأَضحى.

اعلَم أن القُرَبَ الماليّةَ نوعان: نوعٌ بطَريق التَّمليكِ، كالصَّدَقات، ونوعٌ بطَريق الإتلافِ، كالإِعتاق، وفي الأُضحيّة اجتمَع الْمَعنيان؛ فإنها تَقرُّبٌ بإِراقة الدَّمِ، وهو إتلافٌ، ثم بالتَّصدُّق باللَّحم، وهو تَمليكٌ.

تَجِبُ(س م ف) على حُرٍّ، مُسلِمٍ، مُقِيمٍ، مُوسِرٍ.

وهي واجِبةٌ على كلِّ حُرٍّ مُسلِمٍ مُقيمٍ مُوسِرٍ في يَوم الأَضحى عندَ أبي حنيفة، ومحمدٍ، وزفرَ، والحسَنِ، وأبي يوسف، رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ، في رِوايةٍ.

وعن أبي يوسف في «الجَوامِع»: أنها سُنّةٌ، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

(١) هي لُغةً: اسمُ ما يُذبح أيّامَ الأضحى، من تَسمية الشَّيءِ باسم وقتِه؛ لأنه يُذبح وقتَ الضُّحى، وشرعًا: شاةٌ تُذبح يومَ الأضحى. «الدر المنتقى» ٤/ ٥٦١.

الأُضحِيّة: اسم لما يضحى بها، أي يذبح، وجمعها: الأضاحيّ.

ويقال: ضحية وضحايا، كهدية وهدايا، وأضحاة وأضحى: كأرطاة وأرطى، وبه سمي يوم الأضحى. «الأنيس» ص١٠٣.

(٢) في (ج): بها.

وذَكَر الطَّحاويُّ في «مُختصَره»: أنها عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واجِبةٌ، وعندَ أبي يوسف ومحمدٍ: سُنّةٌ مُؤكَّدةٌ، وهكذا ذَكَر بعضُ الْمَشايخِ الاختِلافَ.

والأصَحُّ: أنها واجِبةٌ عندَ أصحابِنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ.

للشّافعيّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من أَراد أن يُضحِّيَ منكم فلا يَأخُذْ من شَعَره وأظفارِه[1] شيئًا»[2]، والتَّعليقُ بالإرادة يُنافِي الوُجوبَ، وقولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ثَلاثٌ كُتِبت عليَّ ولم تُكتَب عليكم: الوِترُ، والأُضحيّةُ، وصَلاةُ الضُّحى»[3]، وقولُه

---

(١) في (ز): ولا أظفاره.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٠٦: قال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «من أراد منكم أن يضحي فلا يأخذ من شعره وأظفاره»، قلت: أخرجه الجماعة إلا البخاري (مسلم ١٩٧٧) عن سعيد بن المسيب عن أم سلمة عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من رأى هلال ذي الحجة منكم وأراد أن يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره». انتهى، ووهم الحاكم في «المستدرك» فرواه وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. انتهى.

قال البيهقي في «المعرفة»: قال الشافعي: في هذا الحديث دليل على عدم وجوب الأضحية، لأنه علقه بالإرادة، والإرادة تنافي الوجوب. وبذلك أيضًا استدل ابن الجوزي في «التحقيق» لمذهب أحمد، ولم يتعقبه صاحب «التنقيح»، ولكن تعقبه في كتاب الوصايا حين احتج على داود في اختياره وجوب الوصية بقوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «ما حق امرئ أن يبيت ليلتين وله مال، يريد أن يوصي فيه إلا وصيته مكتوبة عنده»، قال: والإرادة تنافي الوجوب، فقال في «التنقيح»: لا حجة فيه؛ لأن الواجب قد تعلق على الإرادة، والله أعلم. انتهى.

(٣) روى عبد الرزاق (٤٥٧٣) عن معمر عن أبان عن عكرمة قال: قال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ثلاث هن علي فريضة ولكم تطوع: الضحية، وصلاة الضحى، والوتر».

وقال في «التلخيص الحبير» ٣/ ٢٥٦: روي أنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ثلاث كتبت علي، ولم تكتب عليكم: السواك، والوتر، والأضحية»: لم أجده هكذا، والمختص بالأضحية يوجد من الحديث الذي =

عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ضَحُّوا؛ فإنها سُنّةُ أبيكم إبراهيمَ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ»[1].

ولأنها لا تَجِبُ على الْمُسافِرِ، فلا تَجِبُ على الْمُقِيم، كالعَتيرة[2]؛ وهذا لأنه لا فرقَ بينَ الْمُسافِرِ والْمُقيمِ في العِبادات الماليّةِ، كالزّكاة وصَدَقةِ الفِطرِ؛ لأنهما يَستَويان

=قبله من طرق فيها ذكر الأضحى، والنحر، ونحو ذلك، وأما الوتر والسواك فسيأتي في الحديث الذي بعده.

(فائدة): نقل المصنف عن أبي العباس الروياني أنها لم تكن واجبة عليه. انتهى.

قلت: الحديث الذي قبله: «أمرت بركعتي الضحى ولم تؤمروا بها، وأمرت بالأضحى ولم تكتب» رواه الإمام أحمد (٢٩١٦).

ورواه أبو يعلى (والإمام أحمد ٢٩١٧) من طريق شريك بلفظ: «كتب علي النحر ولم يكتب عليكم، وأمرت بصلاة الضحى ولم تؤمروا بها».

والحديث الذي بعده: «ثلاث هن علي فريضة، ولكم سنة: الوتر، والسواك، وقيام الليل» رواه الطبراني في «الأوسط» (٣٢٦٦).

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وبيض له العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» ٤/ ٤٥، وذكره من أئمتنا السرخسي في «المبسوط» ١٢/ ٨، والكاساني في «البدائع» ٥/ ٦٢.

وروى الإمام أحمد (١٩٢٨٣) وابن ماجه (٣١٢٧) والحاكم (٣٤٦٧) عن زيد بن أرقم قال: قلت -أو قالوا-: يا رسول الله! ما هذه الأضاحيّ؟ قال: «سنة أبيكم إبراهيم»، قالوا: ما لنا منها؟ قال: «بكل شعرة حسنة»، قالوا: يا رسول الله! فالصوف؟ قال: «بكل شعرة من الصوف حسنة».

(٢) العتيرة: ذبيحة كانت تذبح في رجب، يتقرب بها أهل الجاهلية، والمسلمون في صدر الإسلام، فنسخ. «المغرب» ص٣٠٣.

وقال في «التبيين» ٦/ ٣: والعتيرة منسوخة، وهي شاة كانت تذبح في رجب في ابتداء الإسلام. انتهى.

والحديث فيها: «على أهل كُلّ بيتٍ في كلّ عامٍ أُضحاةٌ وعَتيرةٌ».

رواه الإمام أحمد (١٧٨٨٩)، وأبو داود (٢٧٨٨)، والترمذي (١٥١٨)، والنسائي (٤٢٢٤)، وابن ماجه (٣١٢٥).

ونسخه بحديث البخاري (٥٤٧٣) ومسلم (١٩٧٦) عن أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا فرع ولا عتيرة». والفرع: أول النتاج، كانوا يذبحونه لطواغيتهم، والعتيرة في رجب.

في مِلك المالِ، وإنما يَفترقان في البَدَنيّ، فالْمُسافِرُ تَلحقُه الْمَشقّةُ في الأَداء بالبَدَن.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «من وَجَد سعةً ولم يُضَحِّ فلا يَقربَنَّ مُصلّانا»(1)، والحاقُ مِثْلِ هذا الوَعيدِ لا يَكونُ إلا بتَرك الواجِبِ، وقولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «من ضَحّى قبلَ الصَّلاةِ فلْيُعِدْ»(2)، والأمرُ بالإعادة(3) يُفيدُ الوُجوبَ.

وقولُه: «ضَحُّوا» دَليلُنا؛ لأنه أمرٌ، فيُفيدُ الوُجوبَ، وقولُه: «فإنها سُنّةُ أبيكم» لا يَنفي الوُجوبَ؛ لأن السُّنّةَ هي الطَّريقةُ في الدِّين، واجِبةً كانت أو غيرَ واجِبةٍ، وهي غيرُ مَكتوبةٍ، بل هي واجِبةٌ؛ فالْمَكتوبةُ ما يَكونُ فرضًا يُكفَرُ جاحِدُه، وقد كان رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَخصوصًا بكَون الأُضحيّةِ مَكتوبةً عليه.

ولأن هذه قُربةٌ يُضافُ إليها وقتُها، فيُقالُ: (يومُ الأَضحى)، فتَكونُ واجِبةً فيه، كالجُمُعة؛ وهذا لأن الإضافةَ تَدُلُّ على الاختِصاص، وذا بالوُجود فيه، وإنما يُوجَدُ ظاهِرًا إذا كانت واجِبةً؛ لأن الوُجوبَ يُفضي إلى الوُجود بالنَّظَر إلى جِنس الْمُكلَّفين؛ لجَواز أن يَجتمِعوا على تَرك ما ليس بواجِبٍ، ولا يَجتمِعوا(4) على تَرك الواجِبِ.

---

(1) رواه الإمام أحمد (٨٢٧٣)، وابن ماجه (٣١٢٣)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٠٧.

(2) رواه البخاري (٩٥٤) ومسلم (١٩٦٢) بلفظ: «من ذبح قبل الصلاة فليعد».

وروى مسلم (١٩٦٠) عن الأسود سمع جندبًا البجلي قال: شهدت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صلى يوم أضحى، ثم خطب فقال: «من كان ذبح قبل أن يصلي فليعد مكانها، ومن لم يكن ذبح، فليذبح باسم الله». وروى مسلم (١٩٦١) عن البراء، قال: ضحى خالي أبو بردة قبل الصلاة، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تلك شاة لحم»، فقال: يا رسول الله! إن عندي جَذَعةً من المَعْز، فقال: «ضح بها، ولا تصلح لغيرك»، ثم قال: «من ضحى قبل الصلاة فإنما ذبح لنفسه، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه، وأصاب سنة المسلمين».

(3) مثبتة من (ج).

(4) في (ب) و(د) و(هـ): ولا يجتمعون.

ولا تَصِحُّ الإضافةُ باعتِبار جَوازِ الأداءِ فيه، فالصَّومُ يَجوزُ في سائِر الشُّهورِ، والْمُسمّى بشَهر الصَّومِ رَمَضانُ.

وإنما لا تَجِبُ على الْمُسافِر: لأن الأداءَ يَختصُّ بأَسباب تَشُقُّ على الْمُسافِر استِصحابُها في السَّفَر، ويَفوتُ بمُضِيِّ الوقتِ، فلدَفع الْمَشقّةِ لا تَلزَمُه، كالجُمُعة، بخِلاف سائِرِ العِباداتِ الماليّةِ.

وجاز أن يَكونَ الْمُرادُ بالإرادة فيما رَوى[1]: القصدَ الذي هو ضِدُّ السَّهوِ، لا التَّخييرَ؛ لأنه[2] غيرُ مُخيَّرٍ إجماعًا، وهذا لا يُنافِي الوُجوبَ.

والعَتيرةُ مَنسوخةٌ بالإِجماع، وهي: ذَبيحةٌ تُذبَحُ في رجَبٍ كانت في صَدر الإسلامِ، ولا دَليلَ على نَسخ الأُضحيّةِ.

وقولُهم: (الأُضحيّةُ واجِبةٌ): يُحتمَلُ أن يُرادَ بها تَضحيةُ الأُضحيّةِ على حَذف الْمُضافِ، كقَوله تَعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البَقَرَة : ١٩٧] ؛ إذ الأفعالُ تُوصَفُ بالوُجوب، ويُحتمَلُ أن يُرادَ حَقيقتُها؛ إذ الأعيانُ تُوصَفُ بالحُرمة عندَنا، فتُوصَفُ بالوُجوب أيضًا.

وسبَبُ الأُضحيّةِ: الرَّأسُ، كما في صَدَقة الفِطرِ، وقِيل: الوقتُ.

والتَّقييدُ بالحُرِّيّة: لأنها قُربةٌ ماليّةٌ مُفتقِرةٌ إلى الْمِلك، والحُرُّ هو المالِكُ.

والإسلامِ: إذ لا قُربةَ إلا من الْمُسلِم.

والإقامةِ: لِما بيَّنّا.

واليَسارِ: لِما رَوَينا من اشتِراط السَّعةِ، والْمُعتبَرُ يَسارُ صَدَقةِ الفِطرِ، وقد مَرَّ ثَمّ.

---

(١) في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أراد منكم أن يضحي...».

(٢) في (هـ): لأنه كان.

والوقتِ: لاختِصاصها به، وسيأتي مِقدارُه إن شاء اللهُ تَعالى.

عن نَفسه، لا طِفلِه(و).

وتَجِبُ عن نَفسه؛ لأنه أصلٌ في الوُجوب عليه على ما بيَّنّا، ولا تَجِبُ عن طِفله في ظاهِرِ الرِّوايةِ، ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنها تَجِبُ عن وَلَده الصَّغيرِ؛ لأنه مُلحَقٌ به بعِلّة الجُزئيّةِ والوِلايةِ، كما في صَدَقة الفِطرِ.

وجهُ الظّاهرِ: أن الأُضحيّةَ قُربةٌ مَحضةٌ[1]، والأصلُ في العِبادات: أن لا تَجِبَ على الغَير بسَبَب الغيرِ، بخِلاف صَدَقةِ الفِطرِ؛ لأن فيها مَعنى الْمُؤنةِ، والسَّبَبُ رأسٌ يَمونُه ويَلي عليه، وهذا الْمَعنى يَتحقَّقُ في حقِّ ولَدِه الصَّغيرِ، ولهذا لم تَجِب التَّضحيةُ عن عَبده، وتَجِبُ صَدَقةُ الفِطرِ عنه.

فإن كان للصَّغير مالٌ: فقد قال بعضُ مَشايخِنا: على الأَب والوصِيِّ أن يُضحِّيَ عنه من ماله عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ اعتِبارًا بصَدَقة الفِطرِ، والأصَحُّ: أنه لا يَجِبُ ذلك.

وليس للأَب أن يَفعَلَه من ماله؛ لأنه إن كان الْمَقصودُ الإتلافَ فالأَبُ لا[2] يَملِكُه في مال ولَدِه، كالإعتاق، وإن كان الْمَقصودُ التَّصدُّقَ باللَّحم بعدَ إراقةِ الدَّمِ فذلك تَطوُّعٌ، ومالُ الصَّبيِّ لا يَحتمِلُ صَدَقةَ التَّطوُّعِ، كذا في «الْمَبسوط».

شاةٌ، أو سُبُعُ بَدَنةٍ.

وتَجوزُ الشّاةُ عن واحِدٍ، والبقَرةُ والبَعيرُ عن سَبعةٍ.

والقِياسُ: أن لا تَجوزَ إلا عن واحِدٍ؛ لأن الإراقةَ واحِدةٌ، وهي لا تَتجزَّأُ، إلا أنّا

(١) في (ب) و(د): مختصة.

(٢) سقطت من (هـ).

تَركناه بقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «البَدَنةُ تُجزِئُ عن سَبعةٍ، والبقَرةُ عن سَبعةٍ»[1]، ولا نَصَّ في الشّاة، فبَقِيت على القِياس.

وتَجوزُ عن خَمسةٍ أو سِتّةٍ أو ثَلاثةٍ بالطَّريق الأَولى، ولا تَجوزُ عن ثَمانيةٍ؛ لأن التَّقديرَ الشَّرعيَّ يَمنَعُ النُّقصانَ أو الزِّيادةَ، ولا يَمنَعُ النُّقصانَ فيَمنَعُ الزِّيادةَ؛ لئلا يَخلوَ عن الفائِدة.

وكذا إن كان نَصيبُ أحَدِهم دونَ السُّبُع.

ولا تَجوزُ عن الكلّ؛ لفَوات وصفِ القُربةِ في البَعض، وعدَمِ تَجزِّي هذا الفِعلِ في كَونه قُربةً، حتى لو مات رَجُلٌ وتَرَك ابنًا وامرَأةً وبقَرةً، فضَحَّيا بها: لم يَجُز؛ لأن نَصيبَ الْمَرأةِ الثُّمُنُ، فإذا لم يَجُز في نَصيبها لم يَجُز في نَصيب الابنِ أيضًا.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَجوزُ البَدَنةُ عن أَهل بيتٍ واحِدٍ، سَبعةً كانوا أو أكثَرَ، ولا تَجوزُ عن أَهل بَيتَين وإن كانوا أَقَلَّ من سَبعةٍ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «على كلِّ أهلِ بيتٍ[2] في كلِّ عامٍ أُضحاةٌ وعَتيرةٌ»[3].

ولنا: ما رَوَينا[4].

(١) روى أبو داود (٢٨٠٨) عن جابر بن عبد الله: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «البقرة عن سبعة، والجزور عن سبعة».

وروى مسلم (١٣١٨) عن جابر بن عبد الله قال: نحرنا مع رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عام الحديبية البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة.

(٢) في (ا) و(ج): على أهل كل بيت. وهي رواية الإمام أحمد (٢٠٧٣١).

(٣) رواه الإمام أحمد (١٧٨٨٩)، وأبو داود (٢٧٨٨)، والترمذي (١٥١٨)، والنسائي (٤٢٢٤)، وابن ماجه (٣١٢٥).

(٤) أي حديث: «البقرة عن سبعة، والجزور عن سبعة».

والْمُرادُ بما رَوى -واللهُ أعلَمُ-: قَيِّمُ أهلِ البيتِ؛ لأن اليَسارَ يَكونُ له دونَهم، دَلَّ عليه ما ذُكِر في بَعض الرِّواياتِ: «على كلِّ مُسلِمٍ في كلِّ عامٍ أُضحاةٌ وَعتيرةٌ»(١)، وهذا مُحكَمٌ، وما رَوى مُحتمِلٌ، فحَمَلناه على الْمُحكَم.

وإذا كانت البَدَنةُ بينَ اثنَين نِصفَين تَجوزُ في الأصَحّ؛ لأنه لَمّا جاز ثَلاثةُ الأسباعِ جاز نِصفُ السُّبُعِ تَبَعًا له، وإذا جاز على الشِّرْكة فقِسمةُ اللَّحمِ بالوَزن؛ لأنه مَوزونٌ، ولو اقتَسَموا جُزافًا لا يَصِحُّ؛ لأن في القِسمة مَعنى التَّمليكِ، إلا إذا كان معه شيءٌ من الأكارِع والجِلدِ، كما في البَيع.

ولو اشتَرى بقَرةً يُريدُ أن يُضحِّيَ بها عن نَفسه، ثم اشتَرَك فيها سِتّةٌ معه: أجزَأه استِحسانًا، وفي القِياس: لا يُجزِئُه، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه أعَدَّها للقُربة، فلا يَكونُ له أن يَبيعَ شيئًا منها بعدَ ذلك على قَصد التَّموُّلِ والإشراكِ(٢) بهذه الصِّفةِ؛ لأنه تَملُّكُ بعضِ الأُضحيّةِ من آخرَ ببدَلٍ، وهذا بيعٌ.

ولنا: أنه لو أشرَكهم معه في الابتِداء، بأن اشتَرَوا جُملةً: جاز، فكذا إذا أشرَكهم بعدَ الشِّراءِ قبلَ إتمامِ الْمَقصودِ؛ وهذا لأن الإنسانَ قد يَحتاجُ إلى هذا؛ فإنه قد يَجِدُ بقَرةً سَمينةً، ولا يَظفَرُ بالشُّركاء وقتَ البيعِ، فيَشتَريها، ثم يَطلُبُ شُركاؤه فيها بعدَ ذلك، فلو لم يَجُز له ذلك لأدّى إلى الحَرَج، وقد أمكَن ذلك؛ لأن بالشِّراء للتَّضحِية لا يَمتنِعُ البيعُ، وإن فَعَل ذلك قبلَ الشِّراءِ كان أحسَنَ؛ لبُعده عن الاختِلاف وعن صُورة الرُّجوعِ في القُربة.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢١١: رواية غريبة، وجهل من استشهد بحديث مخنف بن سليم المتقدم. انتهى، يقصد الحديث السابق، وقال في «الدراية» ٢/ ٢١٤: لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٢) في (د) و(ز): والاشتراك.

وليس على الْمُسافِرِ والفَقيرِ أُضحيّةٌ؛ لِما بيّنّا، وكان أبو بكرٍ وعمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لا يُضحّيان إذا كانا مُسافِرَين[1]، وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ليس على الْمُسافِرِ جُمُعةٌ ولا أُضحيّةٌ[2].

فجرَ يومِ النَّحرِ إلى آخِرِ أيّامِه.

ووقتُ الأُضحيّةِ: فجرُ يومِ النَّحرِ إلى آخِرِ أيّامِ النَّحرِ.

وأيّامُ النَّحرِ ثَلاثةٌ: يومُ الأَضحى، وهو العاشِرُ من ذي الحِجّةِ، والحادِي عشَرَ والثّاني عشَرَ، فيَدخُلُ وقتُه بطُلوعِ الفجرِ من يَوم النَّحرِ.

ولا يَذبَحُ مِصريٌّ قبلَ الصَّلاةِ، وذَبَح غيرُه.

إلا أنه يُشتَرَطُ تَقديمُ الصَّلاةِ على التَّضحِية في حقِّ أهلِ الأمصارِ، حتى لا يَجوزُ للمِصريِّ الذَّبحُ حتى يُصلِّيَ الإمامُ العيدَ؛ لعَدَمِ الشَّرطِ لا لعَدَم الوقتِ.

فأما أهلُ السَّوادِ: فيَذبَحون بعدَ الفجرِ؛ لأنه لا صَلاةَ عليهم.

والأصلُ فيه: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «من ضَحّى قبلَ الصَّلاةِ فلْيُعِدْ»، رَواه البَراءُ بنُ عازِبٍ[3]،..

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢١١: غريب.

وقال في «الدراية» ٢/ ٢١٥: لم أجده، بل صح عنهما أنهما كانا لا يضحيان مطلقًا أحيانًا، خشية أن يظن وجوبهما.

وقال في «البناية» ١٢/ ٢١: هذا لم يثبت عنهما بهذه العبارة، ولا ذكره أهل الحديث، وإنما الذي ذكره عن أبي شريحة الغفاري أنه قال: أدركت أو رأيت أبا بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لا يضحيان.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١١: غريب، وجهل من قال: إنه تقدم في الجمعة، والذي تقدم في الجمعة إنما حديث علي مرفوعًا: «لا جمعة، ولا تشريق، ولا أضحى، ولا فطر.. إلا في مصر جامع»، لم يتقدم غيره.

(٣) تقدم تخريجه.

وقولُه عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إن أوَّلَ نُسُكِنا في هذا اليومِ أن نُصلِّيَ ثم نَذبَحَ»(١).

وهذا لأن دُخولَ الوقتِ لا يَختلِفُ في حقِّ أهلِ الأمصارِ والقُرى، وإنما يَختلِفون في وُجوب الصَّلاةِ، فليس على أَهل القُرى صَلاةُ العيدِ، والتَّأخيرُ في حقِّ الْمِصريِّ: لئلا يَتشاغَلَ به عن الصَّلاة، فلا مَعنى للتَّأخير في حقِّ القَرَويّ، ولا صَلاةَ عليه.

وقال مالِكُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: لا تَجوزُ بعدَ الصَّلاةِ قبلَ نحرِ الإمامِ.

والحُجَّةُ عليهما: ما رَوينا.

والْمُعتبَرُ في ذلك مَكانُ الأُضحيَةِ، حتى لو كانت الأُضحيّةُ في السَّواد والْمُضحِّي في الْمِصر: يَجوزُ كما انشَقَّ الفجرُ، ولو كان على العَكس: لا يَجوزُ إلا بعدَ الصَّلاةِ.

وإذا أَراد الْمِصريُّ التَّعجيلَ(٢): يَأمُرُ بإِخراج الأُضحيّةِ إلى خارج الْمِصرِ في مَوضِعٍ يُباحُ للمُسافِرِ قصرُ الصَّلاةِ، فيُضحِّي بها كما انشَقَّ الفجرُ؛ وهذا لأن الأُضحيّةَ تُشبِهُ الزَّكاةَ من حيث إنها قُربةٌ مَحضةٌ تَسقُطُ بهلاك المالِ قبلَ مُضِيِّ أيّامِ النَّحرِ، كما أن الزَّكاةَ تَسقُطُ بهلاك النِّصابِ، فاعتبَرنا فيها مَوضِعَ المالِ دونَ مَوضِعِ صاحِبِ المالِ، بخِلاف صَدَقةِ الفِطرِ؛ فإنها قُربةٌ فيها مَعنى الْمُؤنةِ، ولا تَسقُطُ بهلاك المالِ بعدَ طُلوعِ الفجرِ يومَ الفِطرِ، فاعتبَرنا فيها مَكانَ الْمُؤدِّي لا مَكانَ الولَدِ والرَّقيقِ على ما عليه الفَتوى.

---

(١) روى البخاري (٩٧٦) عن البراء قال: خرج النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ يوم أضحى إلى البقيع، فصلى ركعتين، ثم أقبل علينا بوجهه وقال: «إن أول نسكنا في يومنا هذا أن نبدأ بالصلاة، ثم نرجع فننحر، فمن فعل ذلك فقد وافق سنتنا، ومن ذبح قبل ذلك فإنما هو شيء عجله لأهله، ليس من النسك في شيء»، فقام رجل فقال: يا رسول الله! إني ذبحت وعندي جذعة خير من مسنة؟ قال: «اذبحها، ولا تفي عن أحد بعدك».

ورواه النسائي (١٥٦٣) بلفظ: «إن أول ما نبدأ به في يومنا هذا أن نصلي ثم نذبح».

(٢) في نسخة على هامش (ج): وحيلة المصري إذا أراد التعجيل.

ولو ضَحّى بعدَما صَلّى أهلُ الْمَسجِدِ، ولم يُصَلِّ أهلُ الجبّانةِ: أجزَأه استِحسانًا.

والقِياسُ: أن لا يَجوزَ؛ لأن هذا قبلَ الصَّلاةِ من وجهٍ، وبعدَ الصَّلاةِ من وجهٍ، فلا يَجوزُ بالشَّكِّ؛ احتِياطًا في العِبادات.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الشَّرطَ هو الذَّبحُ على إِثر صَلاةٍ مُعتبَرةٍ، وقد وُجِد؛ لأنها صَلاةٌ مُعتبَرةٌ، حتى لو اكتَفَوا بها أجزَأهم، فيَجوزُ، ولو كان على العَكس يَجوزُ قِياسًا واستِحسانًا؛ لأن الْمَسنونَ في العِيد الخُروجُ إلى الجَبّانة، فأهلُ الجبّانةِ أصلٌ، وقد صَلَّوا.

وقِيل: بل الاستِحسانُ والقِياسُ فيهما.

ويَختصُّ جَوازُ الأداءِ بأيّام النَّحرِ، وهي ثَلاثةُ أيّامٍ عندَنا؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «أيّامُ النَّحرِ ثَلاثةٌ، أوَّلُها أفضَلُها(١)»(٢).

---

(١) في (ب): أفضلها أولها.

(٢) قال في «الهداية» ١/ ١٤٥ في باب الإحرام: وفي الحديث: «أفضلها أولها».

قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٨٣: غريب جدًّا، وفي «الدراية» ٢/ ٢٧: لم أجد هذا الحديث. انتهى.

ورواه ابن حزم في «المحلى» موقوفًا على علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ ٦/ ٤٠، ورواه الكرخي في مختصره بإسناده عن علي أيضًا كما في «البناية» ١٢/ ٢٨.

وقال في «الهداية» ٤/ ٣٥٧ في كتاب الأضحية: ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة، أفضلها أولها. وقد قالوه سماعًا؛ لأن الرأي لا يهتدي إلى المقادير. انتهى.

قال في «الدراية» ٢/ ٢١٥: أما عمر: فلم أره، وأما علي فذكره مالك في «الموطأ» (٢٨٧) عنه بلاغًا، وأما ابن عباس: فلم أجده، لكن في «الموطأ» (٢/ ٤٨٧) عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول: الأضحى يومان بعد يوم النحر. انتهى.

وقال العلامة قاسم في «المنية» ص٥٥: روى الطحاوي في «الأحكام» (٢/ ٢٠٥) أثرَ عليٍّ وابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا.

قال العيني في «البناية» ١٢/ ٢٨: (ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ أنهم قالوا: أيام=

فإذا غَربت الشَّمسُ من اليَوم الثّالثِ لم تَجُز التَّضحيةُ بعدَه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَجوزُ في اليَوم الرّابعِ، وهو آخِرُ أيّامِ التَّشريقِ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «أيّامُ التَّشريقِ كلُّها أيّامُ ذبحٍ»[1].

= النحر ثلاثة أفضلها أولها) قال الزيلعي في «تخريج أحاديث الهداية»: هذا غريب جدًّا، يعني عن هؤلاء الأصحاب الثلاثة. وليس كذلك.

قال الكرخي في «مختصره»: حدثنا أبو بكر محمد بن الجنيد، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا ابن أبي ليلى، عن المنهال ابن عمرو، عن زر بن حبيش، وعباد بن عبد الله الأسدي، عن علي رضي الله تعالى عنه أنه كان يقول: أيام النحر ثلاثة أيام، أولهن أفضلهن.

وعن ابن عباس وعن ابن عمر مثله، قال: النحر ثلاثة أيام أولها أفضلها.

وروي: النحر ثلاثة أيام: عن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، وأنس بن مالك، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، وعن الحسن، وعن إبراهيم النخعي.

وقال محمد في كتاب «الآثار»: أخبرنا أبو حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم، عن علقمة، قال: الأضحى ثلاثة أيام، يوم النحر ويومان بعده.

وحديث مالك رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ في «الموطأ» عن نافع عن ابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنه كان يقول: الأضحى يومان بعد يوم الأضحى.

وفي «سنن» البيهقي عن قتادة عن أنس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: الذبح بعد يوم النحر يومان. انتهى.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢١٢: رواه أحمد في «مسنده» (١٦٧٥١)، وابن حبان في «صحيحه» (٣٨٥٤) في النوع الثالث والأربعين، من القسم الثالث من حديث عبد الرحمن بن أبي حسين عن جبير بن مطعم عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «كل أيام التشريق ذبح، وعرفة كلها موقف...» إلى آخره، وقد ذكرناه بتمامه في الحج، ورواه البزار في «مسنده» (٣٤٤٤)، وقال: ابن أبي حسين لم يلق جبير بن مطعم، ورواه البيهقي في «المعرفة»، ولم يذكر فيه انقطاعًا، وأخرجه الدارقطني في «سننه» (٤٧٥٨) عن أبي معيد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن دينار عن جبير بن مطعم مرفوعًا، وأبو معيد بمثناة، فيه لين، وأخرجه هو والبزار عن سويد بن عبد العزيز عن سليمان بن موسى عن نافع بن جبير بن مطعم=

قُلنا: لَمّا تَعارَضت الأخبارُ أخَذنا بالْمُتيقَّن، وهو الأقَلُّ.

وأفضَلُها أوَّلُها؛ لِما رَوَينا(١)، ولأن فيه مُبادَرةً إلى أَداء القُربةِ، وهو الأصلُ في القُرُبات إلا لِمُعارِضٍ، كما في الإسفار بالفَجر ونحوِه.

ويَجوزُ الذَّبحُ في لَياليها؛ لأنها تَبَعٌ للأيّام، فصارت أوقاتًا للذَّبح، إلا أنه يُكرَهُ؛ لأنه لا يَأمَنُ أن يَغلَطَ لظُلمة اللَّيلِ.

ورُوِي عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ أنه قال: الأيّامُ الْمَعلوماتُ ثَلاثةٌ، وهي أيّامُ التَّشريقِ، والأيّامُ الْمَعدوداتُ ثَلاثةٌ، وهي أيّامُ النَّحرِ، وتَمضي هذه السِّتّةُ في أربَعةٍ، فيومُ النَّحرِ من الْمَعدودات خاصّةً، وآخِرُ أيّامِ التَّشريقِ من الْمَعلومات خاصّةً، واليومُ الثّانِي والثّالثُ من الْمَعدودات والْمَعلوماتِ، فالأوَّلُ نحرٌ فقط، والآخِرُ تَشريقٌ فقط، والْمُتخلِّلان نحرٌ وتَشريقٌ.

والتَّضحيةُ في أيّام النَّحرِ أحبُّ من التَّصدُّق بمِثل ثمَنِها؛ لأن الواجِبَ التَّقرُّبُ بإراقة الدَّمِ، وذا لا يَحصُلُ بالتَّصدُّق بالقِيمة.

= عن أبيه مرفوعًا، قال البزار: لا نعلم قال فيه: عن نافع بن جبير عن أبيه إلا سويد بن عبد العزيز، وهو ليس بالحافظ، ولا يحتج به إذا انفرد، وحديث ابن أبي حسين هو الصواب، مع أن ابن أبي حسين لم يلق جبير بن مطعم. انتهى، وأخرجه أحمد أيضًا والبيهقي عن سليمان بن موسى عن جبير بن مطعم عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال البيهقي: وسليمان بن موسى لم يدرك جبير بن مطعم، وأخرجه ابن عدي في «الكامل» عن معاوية بن يحيى الصدفي عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي سعيد الخدري عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «أيام التشريق كلها ذبح». انتهى، وضعف معاوية بن يحيى عن النسائي، والسعدي، وابن معين، وعلي بن المديني، ووافقهم، وقال ابن أبي حاتم في كتاب «العلل»: قال أبي: هذا حديث موضوع بهذا الإسناد. انتهى. وقبل معاويةَ محمدُ بن شعيب. انتهى.

(١) أي أثر (أيّامُ النَّحرِ ثَلاثةٌ، أوَّلُها أفضَلُها).

ولأن الإراقةَ لا تَتأتّى في كلِّ وقتٍ، والصَّدَقةُ تتأتّى في كلِّ وقتٍ، فكانت أفضَلَ، كالطَّواف بالبيت أفضَلُ في حقِّ الآفاقيِّ من الصَّلاة.

ولو لم يُضَحِّ حتى مَضَت أيّامُ النَّحرِ.. إن كان أوجَبها على نَفسه أو كان فَقيرًا: تَصدَّق بها حيّةً، وإن كان غنيًّا: تَصدَّق بقِيمة شاةٍ، اشترَى أو لم يَشترِ؛ لأنها واجِبةٌ على الغنيّ.

وإنما تَجِبُ على الفَقير بالشِّراء بنِيّة الأُضحيّةِ[1] عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الشِّراءَ من الفَقير مَقرونًا بنِيّة التَّضحيةِ بمَنزِلة النَّذرِ، فإذا تَعذَّر الذَّبحُ لفَوات وقتِها فعليه التَّصدُّقُ، كالجُمُعة تُقضى ظُهرًا بعدَ فَواتِ وقتِها.

وهذا لأن التَّضحيةَ وإن ثَبَتت قُربةً في أيّامها.. إلا أنه احتُمِل أن يَكونَ التَّصدُّقُ بعَين الشّاةِ أو بقِيمتها أصلًا؛ لأنه الْمَشروعُ في باب الأموالِ، كما في سائرِ الصَّدَقاتِ، وإنما نُقِل منه إلى التَّضحِية: تَطيِيبًا للطَّعام في أيّام الضِّيافةِ.

فإن قِيل: لو كان أصلًا لكان أحبَّ من التَّضحِية في أيّامها.

قُلنا: هذا مَوهومٌ، فلم يُعتبَر بمُقابَلة الْمَنصوصِ الْمُتيقَّنِ، فإذا فات وقتُ الْمُتيقَّنِ عَمِلنا بالْمَوهوم احتِياطًا، كما في الفِدية إذا عَجَز عن الصَّوم.

ويُضحّي بالجَمّاء[2]، والخَصِيِّ، والثَّولاءِ[3].

---

(١) في (أ) و(ج): التضحية.

(٢) جَمِمَتِ الشاةُ جَمَمًا -من باب تعب-: إذا لم يكن لها قرن، فالذكر أجم، والأنثى جماء، والجمع جُمٌّ، مثل: أحمر وحمراء وحمر. «المصباح» ١/ ١١٠.

(٣) في (س): والحولاء. والثولاء: ثَوِل ثَوَلاً، من باب تعب، فالذكر أثول والأنثى ثولاء، والجمع ثُولٌ، مثل: أحمر وحمراء وحمر، وهو داء يشبه الجنون، وقال ابن فارس: الثَّوَلُ داء يصيب الشاة،=

ويَجوزُ أن يُضحِّيَ بالجَمّاء، أي التي لا قرنَ لها؛ لأن الْمَقصودَ لا يَتعلَّقُ بالقَرن، وكذا مَكسورةُ القرنِ بالطَّريق الأَولى.

والخصِيِّ؛ لأن النَّبيَّ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ ضَحّى بكَبشَين أملَحَين مَوجوءَين[1]، أحَدُهما عن نَفسه والآخرُ عن أُمّته[2].

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الخصِيَّ أَولى؛ لأن لحمَه أطيَبُ.

والثَّولاءِ، وهي الْمَجنونةُ، وإنما يَجوزُ إذا كانت سَمينةً، ولم يكن بها ما يَمنَعُ السَّومَ والرَّعيَ، أما إذا كانت بخِلاف ذلك: فلا يَجوزُ.

لا بالعَمياء، والعَوراءِ، والعَجفاءِ[3]، والعَرجاءِ[4]، ومَقطوعِ أكثَرِ الأُذُنِ أو الذَّنَبِ

=فتسترخي أعضاؤها. «المصباح» ١/ ٨٨.

(١) قال العيني في «رمز الحقائق»: الأملَحُ: الذي فيه مُلْحةٌ، وهو البَياضُ الذي يَشُقُّه شُعَيراتُ سُودٌ، وهي من لَون الْمِلح، والْمَوجوءُ: الْمَخصِيُّ، من الوِجاء، وهو أن تُضرَبَ عُروقُ الخِصيةِ بشيءٍ، هكذا قالَه الشّارحُ. قُلتُ: الْمَخصِيُّ: مَنزوعُ الخِصيتَين، والْمَوجوءُ: الذي تُلوى عُروقُ الخِصيةِ، فيَصيرُ كالخَصِيّ.

(٢) ذبحه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للكبشين الأملحين الموجوءين: رواه أبو داود (٢٧٩٥)، وابن ماجه (٣١٢٢)، وبدون ذكر الوجاء رواه البخاري (٥٥٥٨)، ومسلم (١٩٦٦).

وكون أحدهما عن نفسه الشريفة صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والآخر عن أمته: فقد رواه الإمام أحمد (٢٥٨٤٣)، وابن ماجه (٣١٢٢)، وانظر «نصب الراية» ٣/ ١٥١.

(٣) عَجَف الفرس عَجَفًا -من باب تعب-: ضعف، ومن باب قَرُب لغة، فهو أعجف وشاة عجفاء. «المصباح» ٢/ ٣٩٤. والعجفاء التي لا تُنقي: أي المهزولة التي لا تسمن، فلا يصير فيها نِقْيٌ بكسر النون أي مخ. «الطلبة» ص٣٦.

(٤) عَرِج في مشيه عَرَجًا -من باب تعب-: إذا كان من علة لازمة، فهو أعرج، والأنثى عرجاء، فإن كان من علة غير لازمة بل من شيء أصابه حتى غمز في مشيه قيل: عَرَج يَعرُج من باب قتل، فهو عارج.=

أو العَينِ أو الأَلْيةِ[1].

ولا يَجوزُ بالعَمياء، والعَوراءِ، والعَجفاءِ، والعَرجاءِ التي لا تَمشي إلى الْمَنسِك؛ لنَهي النَّبيِّ ﷺ عن التَّضحِية بأربعٍ: العَوراءِ البيِّنُ عوَرُها، والعَرجاءِ البيِّنُ عَرَجُها، والْمَريضةِ البيِّنُ مَرَضُها، والعَجفاءِ التي لا تُنْقِي[2].

ولا مَقطوعِ أكثَرِ الأُذُنِ أو الذَّنَبِ أو العَينِ أو الأَلْيةِ؛ لقَوله عليه الصلاة والسلام: «استَشرِفوا العَينَ والأُذُنَ»[3]، أي اطلُبوا سَلامتَهما، والذَّنَبُ والأَليةُ عُضوان مَقصودان،

= «المصباح» ٢/ ٤٠١.

(١) الذنب والعين والألية معطوفات على الأذن.

(٢) رواه أبو داود (٢٨٠٢)، والترمذي (١٤٩٧)، والنسائي (٤٣٧٠)، وابن ماجه (٣١٤٤).

قال الزرقاني في «شرح الموطأ» ٣/ ١٠٧: العوراء: بالمد، تأنيث أعور، البين عورها: وهو ذهاب بصر إحدى عينيها، فإن كان بها بياض قليل على الناظر لا يمنعها الإبصار أو كان على غير الناظر أجزأت، قاله محمد عن مالك، وهو مفهوم الحديث، والمريضة البين مرضها: بأي مرض كان، بشرط وضوحه، فهو عام عَطَف عليه خاصًّا بقوله: والعجفاء.. بالمد، مؤنث أعجف: الضعيفة، التي لا تنقي: بضم الفوقية وإسكان النون وقاف؛ أي: لا نِقْيَ لها، والنِّقْيُ الشحم، وكذا جاء في بعض روايات الحديث، وفي رواية قاسم بن أصبغ: والكسيرة التي لا تُنقي: يريد التي لا تقوم ولا تنهض من الهزال، وهذه العيوب الأربع مجمع عليها، وما في معناها داخل فيها، ولا سيما إذا كانت العلة فيها أبين، فإذا لم تجز العوراء والعرجاء فالعمياء والمقطوعة الرجل أحرى. انتهى.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢١٤: روي من حديث علي، ومن حديث حذيفة.

فحديث علي: أخرجه أصحاب السنن الأربعة (د ٢٨٠٤ ت ١٤٩٨ ن ٤٣٧٣ ق ٣١٤٢) عن أبي إسحاق عن شريح بن النعمان عن علي، قال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن. انتهى، قال الترمذي: حديث حسن صحيح، ورواه الحاكم في «المستدرك» وقال: إسناده صحيح، ورووه أيضًا إلا أبا داود عن سلمة بن كهيل عن حجية بن عدي عن علي بنحوه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، ورواه ابن حبان في «صحيحه» في النوع السادس والثمانين من القسم الأول، والحاكم=

فصارا كالأُذُن.

وإن بَقِي أكثَرُ الأُذُنِ ونحوِه جاز؛ لأن للأكثَر حُكمَ الكلِّ بقاءً وذَهابًا، فكان بَقاءُ الأكثَرِ كبَقاء الكلِّ، وذَهابُ الأكثَرِ كذَهاب الكلِّ.

والأصلُ: أن العَيبَ الفاحِشَ مانِعٌ، واليَسيرَ غيرُ مانِعٍ؛ لأن الحيَوانَ قَلَّما يَخلو عنه، فلا يُمكِنُ الاحتِرازُ عنه، ولأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ شَرَط أن يَكونَ بيِّنًا، واليَسيرُ لا يَكونُ بيِّنًا.

وفي تَقديره عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ أربعُ رِواياتٍ، ففي ظاهِر الرِّوايةِ عنه: الزّائدُ على الثُّلُث، حتى لو كان الْمَقطوعُ أكثَرَ من الثُّلُث لا يُجزيه، وإن كان الثُّلُثَ أو أَقَلَّ: يُجزيه، وهكذا رَوى هِشامٌ عن محمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ؛ اعتِبارًا بالوَصِيّة؛ فإن الوصِيّةَ بالثُّلُث نافِذةٌ بدُون رِضا الوَرَثةِ؛ لقِلّته، وبأكثَرَ منه: لا تَنفُذُ إلا برِضاهم؛ لكَثرته.

وفي رِواية بِشرٍ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ(١): الثُّلُثُ، حتى لو كان الذّاهبُ أقَلَّ من الثُّلُث يَجوزُ، وإن كان الذّاهبُ الثُّلُثَ لا يَجوزُ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الثُّلُثُ والثُّلُثُ كَثيرٌ»(٢).

= في «المستدرك»، وصحح إسناده أيضًا، وقال: لم يحتج الشيخان بحجية بن عدي، وهو من كبار أصحاب علي.

وأما حديث حذيفة: فأخرجه البزار في «مسنده» (٢٩٣٢) والطبراني في «معجمه الوسط» (٩٤٢١) عن محمد بن كثير الملائي القرشي ثنا أبو سنان سعيد بن سنان عن أبي إسحاق الشيباني عن صلة بن زفر عن حذيفة قال: أمرنا رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أن نستشرف العين والأذن. انتهى بلفظ البزار، قال الطبراني: قال: قال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «استشرفوا العين والأذن». انتهى. وقال: لا يروى عن حذيفة إلا بهذا الإسناد، وكذلك قال البزار، وزاد: وقد روي عن علي من غير وجه. انتهى.

(١) في (ج): رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

(٢) رواه البخاري (٢٧٤٤)، ومسلم (١٦٢٨).

وفي رِواية ابنِ شُجاعٍ عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: الرُّبُعُ؛ لأن للرُّبُع حُكمَ الكلِّ، كما في تَقدير النَّجاسةِ، وانكِشافِ العَورةِ، وحلقِ الرَّأسِ في الحجّ.

وفي رِوايةٍ: الزّائدُ على النِّصف، وهو قولُهما.

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ[1]: الثُّلُثُ مانِعٌ، فذَكَرتُ له قَولي فقال: قَولي قولُك، قِيل: هو رُجوعٌ من أبي حنيفة إلى قَول أبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وقِيل: مَعناه: قَولي قَريبٌ من قَولك.

وفي كَون النِّصفِ مانِعًا رِوايتان عنهما، كما مَرَّ في انكِشاف العَورةِ.

وجهُ هذه[2] الرِّوايةِ: أن القِلّةَ والكَثرةَ من الأَسماء الإضافيّةِ، فالكَثيرُ: أن يَكونَ ما يُقابِلُه أقَلَّ منه، والقَليلُ بعَكسه، فوَجَب اعتِبارُ الحَقيقةِ.

وإنما يُعرَفُ ذَهابُ قَدْرِ النِّصفِ أو الثُّلُثِ من العَين: بأن يَشُدَّ العَينَ الْمَعيبةَ بعدَ أن لا تَعتلِفَ الشّاةُ يومًا أو يومَين، ثم يُقرِّبَ العلَفَ إليها قَليلًا قَليلًا، فإذا رَآه[3] من مَوضِعٍ أعلَم ذلك الْمَكانَ، ثم يَشُدَّ العَينَ الصَّحيحةَ، ويُقرِّبُ العلَفَ إلى الشّاة قَليلًا قَليلًا، حتى إذا رَآه[4] من مَكانٍ أعلَم ذلك الْمَكانَ، ثم يُقدِّرُ ما بينَ الرُّؤيةِ الأُولى والثّانيةِ من الْمَسافة، فإن كانت الْمَسافةُ بينَهما الثُّلُثَ فقد ذَهَب الثُّلُثُ وبَقِي الثُّلُثان، وإن كانت نِصفًا فقد ذَهَب النِّصفُ.

والجَرباءُ إن كانت سَمينةً يَجوزُ؛ لأن الجرَبَ في الجِلد، ولا خلَلَ في اللَّحم، وإن

---

(١) كذا في (د)، وهي غير مثبتة في (أ) و(هـ)، وفي (ب) و(ج): رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

(٢) في (هـ): ظاهر.

(٣) في (هـ): رأته.

(٤) في (هـ): رأته.

كانت عَجفاءَ لا يَجوزُ؛ لسِراية الجرَبِ إلى اللَّحم.

وأما الهَتماءُ: فقد كان أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقولُ أوَّلًا: لا يَجوزُ أن يُضحِّيَ بها وإن كانت تَعتلِفُ، ثم رَجَع وقال: يَجوزُ إذا كانت تَعتلِفُ؛ لأنه وَقَع عندَه في الابتِداء أن الهَتماءَ التي ليست لها أسنانٌ، ثم عَلِم بعدَه أن الهَتماءَ مَكسورةُ بعضِ الأسنانِ، فإذا كانت تَعتلِفُ فالباقِي من الأَسنان أكثرُ من الذّاهِب، وذلك لا يَمنَعُ الجوازَ عندَه، كذا في «الْمَبسوط».

والسَّكّاءُ -وهي التي لا أُذُنَ لها خِلقةً-: لا يَجوزُ؛ لأن قطعَ أكثَرِ الأُذُنِ لَمّا مَنَع الجَوازَ فعدَمُ الأُذُنِ أَولى، وهذا الذي ذَكَرنا إذا كانت هذه العُيوبُ قائِمةً عندَ الشِّراءِ، فلو اشتَراها سَليمةً، ثم تَعيَّبت بعَيبٍ مانِعٍ.. إن كان غنِيًّا: فعليه غيرُها؛ لأن الواجِبَ في ذِمّته بصِفة الكَمالِ، فلا يَتأدّى بالنّاقِص، وإن كان فَقيرًا: يُجزِئُها[1] هذه؛ لأنه لا واجِبَ في ذِمّته، بل ثَبَت الحقُّ في العَين بالشِّراء، فتَأدّى بالعَين على أيِّ صِفةٍ كانت.

ولا يَجِبُ عليه ضَمانُ نُقصانِه، كما في نِصاب الزَّكاةِ؛ لأن الحقَّين يَسقُطان بهَلاك المالِ بعدَ الوُجوبِ، وعن هذا الأصلِ قالُوا: لو ماتت الْمُشتَراةُ للتَّضحِية عندَه أو سُرِقت: فعليه بدَلُها إن كان مُوسِرًا، ولا شيءَ عليه إن كان مُعسِرًا.

ولو ضَلَّت أو سُرِقت، فاشتَرى أُخرى، ثم وَجَد الأُولى: فله أن يُضحِّيَ بأَيِّهما شاء إن كان مُوسِرًا، وإن كان مُعسِرًا فعليه أن يُضحِّيَ بهما.

ولو أضجَعها للذَّبح، فاضطَربت، فانكَسر رِجلُها، فذَبَحها: جازَ استِحسانًا، والقِياسُ: أن لا يَجوزَ، وهو قولُ زفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ؛ لأن تَأدِّيَ الواجِبِ بالتَّضحِية لا بالإضجاع، وهي مَعيبةٌ عندَ التَّضحيةِ بها.

---

(١) في (ز): يجزله.

ولنا: أن هذا مما لا يُستطاعُ الامتِناعُ عنه، فقد تَنقلِبُ السِّكِّينُ من يَده فتُصيبُ عَينَها، وهذه من مُقدِّمات الذَّبحِ، فأُلحِقت به.

وكذا لو تَعيَّبت في هذه الحالةِ، فانفلَتت، فأُخِذت من فَوره، وكذا بعدَ فورِه عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لحُصوله بمُقدِّمات الذَّبحِ، خِلافًا لأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وهي من الإبِلِ، والبقَرِ، والغَنَمِ.

والأُضحيّةُ من الإبِلِ والبقَرِ والغنَمِ؛ لأن الإراقةَ عُرِفت قُربةً بخِلاف القِياسِ في هذه الثَّلاثةِ، فلا يُتعدّى عنها.

وجاز الثَّنِيُّ من الكلّ، والجَذَعُ من الضَّأن.

وجاز الثَّنيُّ من الكلّ، والجذَعُ من الضَّأن إذا كان عَظيمًا بحيث لو اختلَط بالثُّنْيان لا يُمكِنُ التَّمييزُ من بُعدٍ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ضَحُّوا بالثُّنيان ولا تُضحُّوا بالجُذعان»[1]، وقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «نِعمَت الأُضحِيّةُ الجَذَعُ من الضَّأن»[2].

ولا خِلافَ أن الجذَعَ من الْمَعْز لا يَجوزُ.

والجذَعُ من الضَّأن: الذي أَتى عليه أكثرُ الحولِ عندَ الأكثَرِ، وذَكَر في «الْمَبسوط»: إذا تَمَّ له سَبعةُ[3] أشهُرٍ فهو جَذَعٌ بعدَ ذلك.

(١) لم أقف عليه، وذكره من أئمتنا السرخسي في «المبسوط» ٤/ ١٤١. وروى مسلم (١٩٦٣) عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تذبحوا إلا مسنة، إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن».

(٢) روى الإمام أحمد (٩٧٣٩) والترمذي (١٤٩٩) واللفظ للأول: عن أبي كباش قال: جَلَبت غنمًا جذعانًا إلى المدينة، فكسدت علي، فلقيت أبا هريرة فسألته، فقال: سمعت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «نعم -أو نعمت- الأضحية الجذع من الضأن»، فانتهبها الناس.

(٣) في (هـ): أربعة.

والثَّنِيُّ منه: ما تَمَّ له سنةٌ وطَعَن في الثّانِية، وكذا من الْمَعْز، ومن البَقَر: الذي طَعَن في الحَول الثّالثِ عندَ جُمهورِ الفُقَهاءِ، ومن الإبِل: الذي تَمَّ له خمسُ سِنينَ وطَعَن في السّادِس.

ويَدخُل في البَقَر الجاموسُ؛ لأنه نوعٌ منه.

والْمُتولِّدُ بينَ الوَحشيِّ والأهليِّ يَتبَعُ الأُمَّ؛ لأن جانِبَها مُرجَّحٌ على جانِبِه.

فإن كانت الأُمُّ أهلِيّةً، بأن نَزا ظبيٌ على الشّاة: جازت التَّضحيةُ بالوَلَد، وإن كانت وَحشيّةً لم يَجُز؛ لأنه يَتبَعُها في الرِّقِّ والْمِلكِ، فكذا في التَّضحِية.

وإن مات أحَدُ السَّبعةِ، وقالَت الوَرَثةُ: (اذبَحوها عنه وعنكم): صحّ، ولو نَصرانيًّا، أو مُرِيدًا للَّحمِ[1]: لا.

وإذا اشتَرى سَبعةٌ بقَرةً ليُضَحُّوا بها، فمات أحدُ السَّبعةِ، وقالت الوَرَثةُ وهم كِبارٌ: (اذبَحوها عنه وعنكم): جاز استِحسانًا.

والقِياسُ: أن لا يَجوزَ، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن نَصيبَ الميْتِ صار مِيراثًا، والتَّضحيةُ تَقرُّبٌ بطَريق الإتلافِ، فلا يَصِحُّ من الوارِث عن الميْت، كالإعتاق عن الميْت، واذا لم تَجُز في نَصيبه لم تَجُز في نَصيب الشُّرَكاءِ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الوَرَثةَ يَقومون مَقامَ الْمُورِّثِ بعدَ موتِه، والتَّبرُّعُ من الوارِث عن مُورِّثه بالقُرَب الماليّةِ صَحيحٌ، كالتَّصدُّق.

وإنما لا يَجوزُ الإعتاقُ: لِما فيه من إلزام الوَلاءِ على الميْت، وذا غيرُ مَوجودٍ في التَّضحِية.

---

(١) في (ن) و(ف): مريدًا اللحم.

وإنما الشَّرطُ أن يَكونَ قصدُ الكلِّ القُربةَ، اتَّفقت الجِهاتُ أو اختَلَفت، بأن أَراد بعضُ[1] الشُّركاءِ هَدْيَ جَزاءِ الصَّيدِ أو الْمُتعةِ، فإنه يَجوزُ عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، لاتِّحاد الْمَقصودِ، وهو القُربةُ، وقد وُجِد؛ لأن الوَرَثةَ لَمّا أَذِنوا صار ذلك قُربةً أيضًا؛ لأن تَضحِيةَ المرءِ عن غَيره مَشروعةٌ بصِفة القُربةِ، فالنَّبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ كان يُضحِّي بكَبشَين أحَدُهما عن نَفسه والآخرُ عن أُمّته[2].

ولو ذَبَحها الباقُون بغَير إذنِ الوَرَثةِ لا يُجزيهم؛ لأنه لم يَقَع بعضُها قُربةً؛ لعَدَم الإذنِ منهم، فلم يَقَع الكلُّ قُربةً ضَرورةَ عدَمِ التَّجزِّي.

وإن كان شَريكُ السِّتّةِ نَصرانيًّا أو رَجُلًا يُريدُ اللَّحم: لم تُجْزِ عن واحِدٍ منهم؛ لأن ذلك القَدْرَ لم يَصِر قُربةً؛ لأن النَّصرانيَّ ليس من أَهلها، وكذا قصدُ اللَّحمِ يُنافِي القُربةَ، والإراقةُ لا تَتجزّى قُربةً، فبَطَل الكلُّ.

وكذا لو كان فيهم صبيٌّ، وضَحّى عنه أبُوه، أو كان أحدُ الشُّركاءِ أُمَّ ولَدٍ، وضَحّى عنها مَولاها: جاز؛ لأن الصَّبيَّ أهلٌ للقُربة، وكذا أُمُّ الولَدِ.

ويَأكُلُ، ويُؤكِلُ غنيًّا، ويَدَّخِرُ[3].

ويَأكُلُ من لَحم الأُضحيّةِ، ويُطعِمُ الأغنياءَ والفُقَراءَ، ويَدَّخِرُ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «كُنتُ نَهيتُكم عن لُحوم الأضاحِيّ، فكُلوا منها وادَّخِروا»[4]، ومتى جاز أكلُه وهو غنيٌّ

(١) في (أ) و(ج): أحد.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الادخار أصله: الاذتخار، وهو الافتعال، من ذَخَرت الشيء، أي: رفعته وحفظته. «المستعذب» ١/ ١٥٢.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢١٨: أخرج مسلم (١٩٧٢) عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أنه نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث، ثم قال بعد: «كلوا، وتزودوا، وادخروا».=

فأولى أن يُؤكِلَه غنيًّا آخرَ.

ولا تُنقصُ الصَّدَقةُ من الثُّلُث ندبًا.

ويُستحَبُّ أن لا تَنقُصَ الصَّدَقةُ من الثُّلُث؛ لأن الجِهاتِ ثَلاثةٌ: الأكلُ، والادِّخارُ، والإطعامُ.

أما الأوَّلان: فلِما رَوَينا(١).

=انتهى، وأخرج أيضًا (١٩٧٣) عن أبي نضرة عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يا أهل المدينة! لا تأكلوا لحم الأضاحي فوق ثلاث»، فشكوا إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن لهم عيالًا وحشَمًا وخدمًا، فقال: «كلوا، وأطعموا، واحبسوا، وادخروا». انتهى، ووهم الحاكم في «المستدرك» (٧٥٦٨) فرواه وقال: على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وأخرج مسلم أيضًا (١٩٧١) عن عائشة: قالوا: يا رسول الله! إن الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم، ويَجمِلون فيها الودك، قال: «وما ذاك؟» قالوا: نهيت أن تؤكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث، فقال: «إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت، فكلوا، وادخروا، وتصدقوا». انتهى.

وأخرج البخاري (٥٥٦٩) عن سلمة بن الأكوع قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من ضحى منكم، فلا يصبحن بعد ثالثة وفي بيته منه شيء»، فلما كان العام المقبل قالوا: يا رسول الله! نفعل كما فعلنا عام الماضي؟ قال: «كلوا، وأطعموا، وادخروا، فإن ذلك العام كان بالناس جهد، فأردت أن تعينوا فيها». انتهى.

وأخرج أبو داود (٢٨١٣) عن نبيشة الهذلي قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنا كنا نهيناكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلاث، لكي تسعكم، جاء الله بالسعة، فكلوا، وادخروا، واتجروا، ألا وإن هذه الأيام أيام أكل وشرب، وذكر الله عز وجل». انتهى.

قلت: ومن الألفاظ القريبة للفظ المصنف: ما رواه الترمذي (١٥١٠) مرفوعًا: «كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث ليتسع ذو الطول على من لا طَول له، فكلوا ما بدا لكم، وأطعموا وادخروا».

ومارواه ابن ماجه (٣١٦٠) مرفوعًا: «كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام، فكلوا وادخروا».

(١) أي حديث: «فكلوا وادخروا».

وأما الثّالثُ: فلقَوله تَعالى: ﴿وَأَطْعِمُواْ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحج : ٣٦] ، أي السّائل والْمُتعرِّض[١] للسُّؤال، فانقَسم عليها أثلاثًا.

ويَتصدَّقُ بجِلدها، أو يَعمَلُ نحوَ جِرابٍ، وغِرْبالٍ[٢]، ونِطَعٍ[٣].

ويَتصدَّقُ بجِلدها؛ لأنه جُزؤُها، أو يَعمَلُ منه آلةً تُستعمَلُ في البَيت نحوَ الجِرابِ والغِربالِ والنِّطَعِ؛ لأنه يَجوزُ الانتِفاعُ باللَّحم، فكذا بالجِلد.

ولا بأسَ بأن يَشتريَ به ما يُنتفَعُ بعَينه في البَيت مع بَقائِه استِحسانًا، وذلك مِثلُ ما ذَكَرنا من الجِراب والغِربالِ؛ لأنه لو دبَغه وانتَفَع به في بَيته: جاز، فكذا إذا اشتَرى به ما يَنتفِعُ به في بَيته، فللبَدَل حُكمُ الْمُبدَلِ.

ولا يَشتَري ما لا يُنتفَعُ به إلا بعدَ استِهلاكِه، كالخَلِّ، والْمُرِّيِّ[٤]، والْمِلحِ، ونحوِها؛ اعتِبارًا بالبَيع بالدَّراهِم؛ لأنه تَصرُّفٌ على قَصد التَّموُّلِ.

واللَّحمُ بمَنزِلة الجِلدِ في الصَّحيح، ولو باع الجِلدَ أو اللَّحمَ بالدَّراهِم أو بما لا يُنتفَعُ به إلا باستِهلاكه: تَصدَّق بثَمَنه؛ لأن مَعنى التَّموُّلِ سَقَط عن الأُضحِيّة، فإذا تَموَّلها بالبَيع انتَقَلت[٥] القُربةُ إلى بَدَله، فوَجَب التَّصدُّقُ به.

(١) في (ب) و(د) و(ز): والمعترض.

(٢) الغربال: الْمُنْخُل. «المشارق» ٢/ ٦.

(٣) النطع: المتخذ من الأديم، معروف، وفيه أربع لغات: فتح النون وكسرها، ومع كل واحد فتح الطاء وسكونها، والجمع أنطاع ونطوع. «المصباح» ٢/ ٦١١.

(٤) المري -بوزن الدري-: الذي يؤتدم به، كأنه منسوب إلى المرارة، والعامة تخففه. «المختار» ص٢٩٣. وقال في «المستعذب» ٢/ ٢٠٤: وصفته: أن يؤخذ الشعير فيقلى، ثم يطحن ويعجن ويخمر، ثم يخلط بالماء، فيستخرج منه خل يضرب لونه إلى الحمرة، يؤتدم به، ويطبخ به..

(٥) في (ج) و(د): انقلب، وفي (هـ): انقلبت.

فإن قِيل: يَنبَغي أن لا يَجوزَ بيعُه؛ لقَوله عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من باع جِلدَ أُضحِيّته[1] فلا أُضحيّةَ له»[2].

قُلنا: هذا يُفيدُ كَراهِيَةَ البيعِ، أما البيعُ: فجائِزٌ؛ لوُجود المِلكِ والقُدرةِ على التَّسليم.

ولا يُعطى أجرُ الجزّارِ من الأُضحِيّة؛ لقَوله عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ لعليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُ: «تَصدَّقْ بجِلالها وخُطُمِها، ولا تُعطِ أجرَ الجزّارِ منها»[3]، والنَّهيُ عنه نهيٌ عن البَيع أيضًا؛ لأنه في مَعناه.

ويُكرَهُ أن يَجُزَّ صُوفَ أُضحِيّتِه ويَنتفِعَ به قبلَ أن يَذبَحَها، أو يَحلُبَ لبَنَها؛ لأنه أعَدَّها للقُربة بجَميع أجزائِها، فلا يَنبَغي أن يَصرِفَ شيئًا منها إلى حاجة نفسِه؛ لأنه في مَعنى الرُّجوعِ عن الصَّدَقة، بخِلاف ما بعدَ الذَّبحِ؛ لأن القُربةَ أُقِيمت بالذَّبح، والانتِفاعُ بعدَ إقامةِ القُربةِ مُطلَقٌ، كالأَكل.

وذَبَح بيَده ندبًا إن عَلِم.

والأفضَلُ أن يَذبَحَ أُضحِيّتَه بيَده إن كان يُحسِنُ الذَّبحَ؛ لأن الأَولى في القُرُبات أن يَتولّى بنفسه، وإن كان لا يُحسِنُه فالأفضَلُ أن يَستعينَ بغَيره.

ولكن يَنبَغي أن يَشهَدَها بنفسه؛ لقَوله عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ لفاطِمةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهَا: «قُومي فاشهَدي أُضحِيّتَكِ؛........................

(١) في (ب) و(د): الأضحية، وفي (هـ): أضحية.

(٢) رواه الحاكم (٣٤٦٨)، والبيهقي (١٩٢٣٣).

(٣) روى الطحاوي في «مشكل الآثار» (٧٩٤) مرفوعًا: «تصدق بجلالها، ولا تعط الجزار منها شيئًا». وروى البخاري (١٧١٧) ومسلم (١٣١٧) عن عبد الرحمن بن أبي ليلى: أن عليًا رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُ أخبره: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ أمره أن يقوم على بدنه، وأن يقسم بدنه كلها، لحومها وجلودها وجلالها، ولا يعطي في جزارتها شيئًا.

فإنه يُغفَرُ لكِ بأوَّل قَطرةٍ من دَمها كلُّ ذنبٍ»[1].

وكُرِه ذبحُ كِتابيٍّ.

ولو أمَر الْمُسلِمُ كِتابيًّا أن يَذبَحَ أُضحِيّتَه جاز؛ لأنه من أَهل الذَّبحِ، والقُربةُ أُقِيمت بإِنابته ونيّتِه، ويُكرَهُ؛ لأن هذا من عَمَل القُربةِ، وفِعلُه ليس بقُربةٍ.

ولو أمَر مَجوسيًّا، فذَبَح أُضحِيّتَه: لم يَجُز؛ لأنه ليس من أَهل الذَّكاةِ، فكان هذا إفسادًا لا تَقرُّبًا.

غَلِطا وذبَحَ كلٌّ أُضحِيَّةَ صاحِبِه: صحّ(ز)، ولا ضَمانَ(ز).

وإذا غَلِط رَجُلان، فذَبَح كلُّ واحِدٍ منهما أُضحِيّةَ صاحِبِه: صَحَّ عنهما، ولا ضَمانَ عليهما استِحسانًا، والقِياسُ: أن يَضمَنَ.

وأصلُه: أن من ذَبَح أُضحيّةَ غيرِه بغَير إذنِه: لا يَحِلُّ له ذلك، وهو ضامِنٌ بقِيمتها[2]، ولا يُجزيه من الأُضحِيّة في القِياس، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه مُتعدٍّ في ذَبح شاةِ غيرِه، فيَكونُ ضامِنًا، كمن ذَبَح شاةَ القصّابِ، والتَّضحيةُ لا تَتأدّى إلا بنِيّة الْمُضحِّي، ولم تُوجَد حيث فَعَله الغيرُ بغَير إذنِه.

وفي الاستِحسان: يَجوزُ، ولا يَضمَنُ الذّابحُ؛ لأنه إذا عَيَّنها للأُضحِيّة فقد صار مُستعينًا بكلِّ أحدٍ[3] في التَّضحِية بها في أيّام النَّحرِ؛ لأن ذلك يَفوتُ بمُضِيِّ الوقتِ، وربما يَعترِضُ له عارِضٌ يَعجِزُ عن إقامتها في أيّام النَّحرِ، فكان الذّابحُ مُحقِّقًا مَقصودَه، مُسقِطًا عنه مُؤنةَ الذَّبحِ، فكان إذنًا له دَلالةً، والإذنُ دَلالةً كالإذن إفصاحًا، كما في شُرب

(١) رواه الطبراني (٦٠٠)، والحاكم (٧٥٤٢)، والبيهقي (١٠٢٢٥).

(٢) في (ب) و(ز): لقيمتها.

(٣) في (ب): صار متعينًا بكلامه.

ماءِ السِّقايةِ، وذبحِ شاةٍ شَدَّ القصّابُ رِجلَها.

ولئن فاته أمرٌ مَندوبٌ -وهو ذبحُها بنَفسه أو شُهودُه عندَ الذَّبحِ- فقد حَصَل له مَندوبان آخَران: صَيرورتُه مُضحِّيًا لِما عَيَّنه؛ لأن استِبدالَها بغَيرها مَكروهٌ، ومُبادِرًا[1] إلى تَضحِيَة ما وَجَب عليه تَضحيتُه بعَينه في أيّامها.

ومن هذا الجِنسِ مَسائِلُ استِحسانيّةٌ، وهي:

أن من طَبَخ لحمَ غيرِه، أو طَحَن حِنطتَه، أو رَفَع جَرّتَه فانكَسَرت، أو حَمَل على دابّته فعَطِبت: يَضمَنُ إذا لم يكن بإِذن المالِكِ.

ولو وَضَع المالِكُ اللَّحمَ في القِدر، ووَضَع القِدرَ على الكانُون، ووَضَع الحطَبَ تحتَه، فجاء آخرُ وأوقَد النّارَ في الحَطَب فطَبَخه..

أو جَعَل المالِكُ الحِنطةَ في الدَّورَق[2]، ورَبَط عليه الدّابّةَ، فجاء آخرُ وساقَها وطَحَنها.

أو رَفَع المالِكُ جرّتَه وأمالها إلى نَفسه، فجاء آخرُ وأعانه على رَفع الجرّةِ فانكَسَرت فيما بينَهما.

أو حَمَل المالِكُ حِملًا على دابّته فسَقَط، فجاء آخرُ وحَمَله عليها، فعَطِبت: لا يَضمَنُ في هذه الصُّوَرِ كلِّها استِحسانًا؛ لوُجود الإذنِ دَلالةً.

إذا ثَبَت هذا فنَقولُ: إذا غَلِطا فذَبَح كلُّ واحِدٍ منهما أُضحِيّةَ صاحِبِه: جاز عنهما استِحسانًا، ويَأخُذُ كلُّ واحِدٍ منهما مَسلوخَه من صاحِبه، ولا يُضمِّنُه؛ لأنه وَكيلُه دَلالةً.

---

(١) في (د): ومبادرة.

(٢) الدورق: مكيال الشراب. «الطلبة» ص١٦١.

فإن كانا قد أكَلا ثم عَلِما: فليُحلِّل كلُّ واحِدٍ منهما صاحِبَه، ويُجزِيهما؛ لأنه لو أطعَم كلُّ واحِدٍ منهما صاحِبَه لحمَ أُضحِيّتِه جاز ذلك، غنيًّا كان أو فَقيرًا، فكذا له أن يُحلِّلَه إذا علِم.

وإن تَشاحّا فكلُّ واحِدٍ منهما يُضمِّنُ صاحِبَه قِيمةَ لحمِه؛ لأن الأُضحِيّةَ لَمّا وَقَعت لصاحِبها كان اللَّحمُ له، ثم يَتصدَّقُ بتلك القِيمةِ؛ لأنها بدَلٌ عن اللَّحم، فصار كما لو باع أُضحِيّتَه، فإنه يَجِبُ عليه أن يَتصدَّقَ بالثَّمَن.

ومن أتلَف لحمَ أُضحِيّةِ غيرِه كان الحُكمُ ما ذَكَرنا.

ولو غَصَب شاةً، فضَحّى بها: ضَمِن قِيمتَها، وجاز عن أُضحِيّته عندَنا[1].

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لم يَجُز عن الأُضحِيّة؛ لأنه حينَ ضَحّى بها لم يكن مالِكَها.

ولنا: أنه مَلَكها عندَ أداءِ الضَّمانِ مُستنِدًا إلى الغَصب السّابقِ، فكانت التَّضحيةُ وارِدةً على مِلكه، بخِلاف ما إذا أُودِع شاةً فضَحّى بها؛ لأنه يَضمَنُها بالذَّبح، فلم يَثبُت المِلكُ إلا بعدَ الذَّبحِ، فكانت التَّضحيةُ وارِدةً على مِلك الغيرِ.

(١) في (ب): جاز عندنا.

فصل
[في المتفرقات]

دمُ الشُّكرِ يَتأدّى بالإِراقة، والجبر لا، وضَمِن بتفويته، لا بفَواته.

الأصلُ: أن دمَ الشُّكرِ[1] يَتأدّى بالإراقة، كالأُضحِيّة ودمِ الْمُتعةِ والقِرانِ؛ لأنها الواجِبُ دونَ التَّصدُّقِ، ولهذا يَحِلُّ له أكلُه، وأن يُؤكِلَه غنِيًّا، ولا يَضمَنُ بتفويته إلا إذا اعتَاض، فحينئذٍ يَضمَنُ، ويَجِبُ التَّصدُّقُ بقِيمته؛ لأن الشَّرعَ حَرَّم التَّموُّلَ، فإذا اعتَاض ضَمِن.

ودمُ الجبرِ لا يَتأدّى بالإراقة، كدَم الحلقِ، والإحصارِ، وجَزاءِ الصَّيدِ، ويَجِبُ عليه التَّصدُّقُ، ولا يَحِلُّ أكلُه، وأن يُؤكِلَه غنِيًّا، ويَضمَنُ بتفويته، وإن فات[2] لا بصُنعه لا يَضمَنُ.

وَهَب له شاةً، أو بَدَنةً، فعيَّنها لأُضحِيّةٍ، أو مُتعةٍ، أو جَزاءِ صَيدٍ، أو إحصارٍ، أو قَلَّد لتَطوُّعٍ: له أن يَرجِعَ(س)، وكذا بعدَ الذَّبحِ.

رَجُلٌ وَهَب لرَجُلٍ شاةً أو بَدَنةً فقَبَضها، وعَيَّنها لأُضحِيّةٍ، أو مُتعةٍ، أو جَزاءِ صيدٍ أو إحصارٍ، أو عَيَّنها وقَلَّدها للتَّطوُّع: فللواهِب أن يَرجِعَ فيها عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعن[3] أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ في «الأماليّ»: أنه ليس له أن يَرجِعَ؛ لأنه لَمّا جَعَلها لله تَعالى أبطَل مِلكَ نفسِه، والتَحق بالْمَسجِدِ والوقفِ.

---

(١) في (ب) و(د): النسك.

(٢) في (هـ): مات.

(٣) في (هـ): وعند.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن إيجابَ العبدِ مُعتبرٌ بإيجابِ اللهِ تعالى، وذا لا يَمنَعُ رُجوعَ الواهِبِ، كما في الزَّكاة، كذا هذا.

وكذا لو ذَبَح الْمَوهوبُ له لشيءٍ من هذه الدِّماءِ فللواهِب أن يَرجِعَ فيها عندَهما، خِلافًا لأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الذَّبحَ نُقصانٌ، والنُّقصانُ لا يمنَعُ الرُّجوعَ، وإذا رَجَع لم يَبطُل ما حَصَل من القُربة؛ لأن القُربةَ حَصَلت بالإراقة.

ثم إن كان ذَبَحها للتَّطوُّع أو للقِران، أو للمُتعة، أو للأُضحِيّة: لا يَلزَمُه شيءٌ؛ لأن الواجِبَ عليه هنا الإراقةُ دونَ التَّصدُّقِ، وقد وُجِدت، فلا يَلزَمُه شيءٌ آخرُ.

وإن كان لجَزاء الصَّيدِ، أو لدَم الإحصارِ أو الحلقِ: يَضمَنُ قِيمتَها؛ لأن الواجِبَ بهذه الأسبابِ الإراقةُ والتَّصدُّقُ.

ولو سُرِق منه أو احتَرَق بنارٍ: لا يَضمَنُ؛ لأنه فات لا بصُنعه، فلم يُوجَد سببُ الضَّمانِ.

اشتَرى بَدَنةً بنُقرةٍ[1] مُعيَّنةٍ، وذَبَح لشيءٍ من ذلك، فرَدَّ النُّقرةَ[2] بعَيبٍ: انفَسَخ بيعُه، وأخَذ البائِعُ الْمَذبوحةَ، وتَصدَّق الْمُشتَري بالأكثَر من الثَّمَن وقِيمةِ اللَّحمِ، أو ضَمِنه. وتَصدَّق بها لو جَزاءً، وإلا أكَل.

ولو اشتَرى شاةً أو بَدَنةً بنُقرة فِضّةٍ بعَينها، وذَبَحها لشيءٍ مما قُلنا، فرَدَّ البائِعُ النُّقرةَ بعَيبٍ: انفَسَخ بيعُه في هذه الرِّوايةِ؛ لأن النُّقرةَ تَتعيَّنُ بالتَّعيين في هذه الرِّوايةِ، والبائِعُ بالخِيار، إن شاء أخَذ الْمَذبوحةَ، ورَدَّ إليه جَميعَ الثَّمنِ، وتَصدَّق الْمُشتَري بالأكثَر من الثَّمَن وقِيمةِ اللَّحمِ، كما لو باع اللَّحمَ بثمَنٍ، فإنه يَنظُرُ إلى الثَّمَن وإلى قِيمة اللَّحمِ أيُّهما

(١) في (م): ببقرة.

(٢) في (م): ببقرة.

كان أكثرَ يتصدَّقُ به احتياطًا، وإن شاء تَرَكَ الْمَذبوحَ عليه، وضَمَّنه القِيمةَ، ثم الْمُشتَري يَتصدَّقُ بها لو كان جَزاءً، وإلا أكَل.

ولو كان العَيبُ بالْمَذبوح رَجَع بنُقصانه، وسَلِم له، إلا في جَزاء الصَّيدِ إن لم تكن القِيمةُ مِثلًا له.

ولو لم يَجِد بائِعُ البَدَنةِ عَيبًا بالفِضّة، ولكن الْمُشتَري وَجَد بالْمَذبوح عَيبًا: رَجَع بنُقصانه، ولا يَرُدُّ؛ لأن الذَّبحَ نُقصانٌ، وسَلِم له، إلا في جَزاء الصَّيدِ إن لم تكن القِيمةُ مِثلًا للصَّيد إلا بصِفة السَّلامةِ، فحينَئذٍ يَلزَمُه التَّصدُّقُ بحِصّة العَيبِ، حتى يَخرُجَ عن ضَمان الصَّيدِ.

وإن قَبِلها البائِعُ رَدَّ[1] الثَّمَنَ، ورَفَع[2] الْمُشتَري حِصّةَ العَيبِ منه، وتَصدَّق بالباقِي، إلا في الجَزاء.

وإن قَبِلها البائِعُ مَذبوحةً: فله ذلك، ورَدَّ الثَّمَنَ إلى الْمُشتَري، ورَفَع[3] الْمُشتَري حِصّةَ العَيبِ منه، وسَلِم له، وتَصدَّق بالباقِي؛ لأن القُربةَ تَأدَّت بما وراءَ العَيبِ، إلا في جَزاء الصَّيدِ، فإنه إذا لم يكن مِثلًا للصَّيد إلا بصِفة السَّلامةِ عن العَيب.. يَلزَمُه التَّصدُّقُ بجَميع الثَّمَنِ.

ولو اشتَراها فاسِدًا، وذَبَح لِما[4] مرّ: أخَذه[5] البائِعُ، وضَمَّنه النُّقصانَ، وتَصدَّق

(١) في سوى (م) و(س): ورد.

(٢) تحتمل في (س): ودفع.

(٣) في (هـ): ودفع.

(٤) في (م): كما.

(٥) في (ع): أخذها.

الْمُشتَري بقِيمة اللَّحمِ، أو ضَمَّنَه، والقُربةُ تامّةٌ.

ولو اشتَراها شِراءً فاسِدًا، وذَبَحها لشيءٍ مما ذَكَرنا: فالبائِعُ بالخِيار، إن شاء أخَذ الْمَذبوحَ، وضَمَّنه نُقصانَ الذَّبحِ، وإن شاء تَرَكه عليه وضَمَّنه جَميعَ القِيمةِ؛ لأن الذَّبحَ نُقصانٌ فاحِشٌ، فكان استِهلاكًا من وجهٍ، فإن شاء مال إلى جانِب القِيامِ وضَمَّنه النُّقصانَ، وإن شاء مال إلى جانِب الهَلاكِ وضَمَّنه جَميعَ القِيمةِ، وتَرَك اللَّحمَ عليه.

فإن أخَذ البائِعُ الْمَذبوحَ وضَمَّنه النُّقصانَ: كانت القُربةُ ماضِيةً؛ لأن الإراقةَ حَصَلت على مِلكه، وإنما انتَقَض الْمِلكُ بالاستِرداد فيما بَقِي لا فيما فات بالإراقة، وتَصدَّق الْمُشتَري بقِيمة اللَّحمِ.

أما في الدِّماء التي يَلزَمُه التَّصدُّقُ: فظاهِرٌ، وكذا في غَيرِها؛ لأنه كان ضامِنًا قِيمتَها للبائِع، وبدَفع الْمَذبوحِ استَفاد البَراءةَ عن تلك القِيمةِ، فكأنه اعتاض عن القِيمة.

وإن ضَمَّنه البائِعُ القِيمةَ وتَرَك الْمَذبوحَ عليه: فالقُربةُ تامّةٌ؛ لتقَرُّر[1] الْمِلكِ عليه، ويَتصدَّقُ باللَّحم فيما كان سَبيلُه التَّصدُّقَ، ويَأكُلُ فيما كان له أن يَأكُلَ.

ولو جائِزًا، فاستُحِقَّت.. إن ضَمَّنه: تَمَّت القُربةُ(ز)، وإن أخَذ: لا.

ولو كان شِراءً جائِزًا، فذَبَحها لشيءٍ مما قُلنا، فاستُحِقَّت: فالْمُستحِقُّ بالخِيار، إن شاء ضَمَّنه القِيمةَ، وإن شاء أخَذ اللَّحمَ وضَمَّنه النُّقصانَ؛ لِما مَرَّ في الشِّراء الفاسِد.

فإن ضَمَّنه القِيمةَ جازت الإراقةُ عما صَنَع، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ، والوجهُ من الجانِبَين قد بيَّنّاه.

وإن أخَذ الْمَذبوحَ: لم تَجزِ الإراقةُ عما صَنَع؛ لأنه ظَهَر أنه ذَبَح مِلكَ الغَيرِ.

---

(١) في (ب) و(د): لنفوذ.

مَرِيضٌ مَديونٌ وَهَب بَدَنةً لرَجُلٍ ليس له غيرُها، فنَحَر لشيءٍ من ذلك: ضَمَّنه الغَريمُ، وتَمَّت القُربةُ، أو أخَذها وضَمَّنه النُّقصانَ، وتَصدَّق بقِيمة اللَّحمِ، وكذا وَرَثتُه في الثُّلُثَين لو لم يكن عليه دَينٌ.

مَرِيضٌ عليه دَينٌ يُحيطُ بماله، وَهَب بَدَنةً لرَجُلٍ، وليس له مالٌ غيرُها، فنَحَرها الْمَوهوبُ له لشيءٍ مما ذَكَرنا، ثم مات الواهِبُ: فإنه تَنتقِضُ الهِبةُ؛ لأن هِبةَ الْمَريضِ وصِيّةٌ، ولا وصِيّةَ مع الدَّينِ.

والغَريمُ بالخِيار، إن شاء ضَمَّنه القِيمةَ وتَرَك الْمَذبوحَ عليه، وتَمَّت القُربةُ؛ لحُصول الإراقةِ على مِلكه، وإن شاء أخَذها وضَمَّنه النُّقصانَ، وتَصدَّق الْمَوهوبُ له بقِيمة اللَّحمِ؛ لحُصول البَراءةِ عن القِيمة بردِّ الْمَذبوحِ.

وإن لم يكن عليه دَينٌ فللوَرَثة أن يُضمِّنوه قِيمةَ الثُّلُثَين إن شاؤوا، وجازت القُربةُ، وإن شاؤوا أخَذوا ثُلُثَي الْمَذبوحِ، وضَمَّنوه ثُلُثَي نُقصانِ الذَّبحِ، ويَتصدَّقُ الْمَوهوبُ له بثُلُثَي قِيمةِ الْمَذبوحِ.

اشتَرى شاةً، فعَيَّنها لأُضحِيّةٍ: وَجَبت عليه، ولو مُعسِرًا.
وإن تَصدَّق بها حيّةً أيّامَ النَّحرِ: عليه أُخرى.
وإن لم يَشترِ حتى خَرَج وقتُ النَّحرِ: تَصدَّق بالقِيمة.

اشتَرى شاةً، فعَيَّنها لأُضحِيّةٍ: وَجَبت عليه وإن كان مُعسِرًا؛ لالتِزامه.

فإن تَصدَّق بها حيّةً في أيّام النَّحرِ فعليه أُخرى مَكانَها؛ لأن الواجِبَ هو الإراقةُ، ولم تُوجَد، والْمُفوِّتُ هو، فيَضمَنُ مِثلَها.

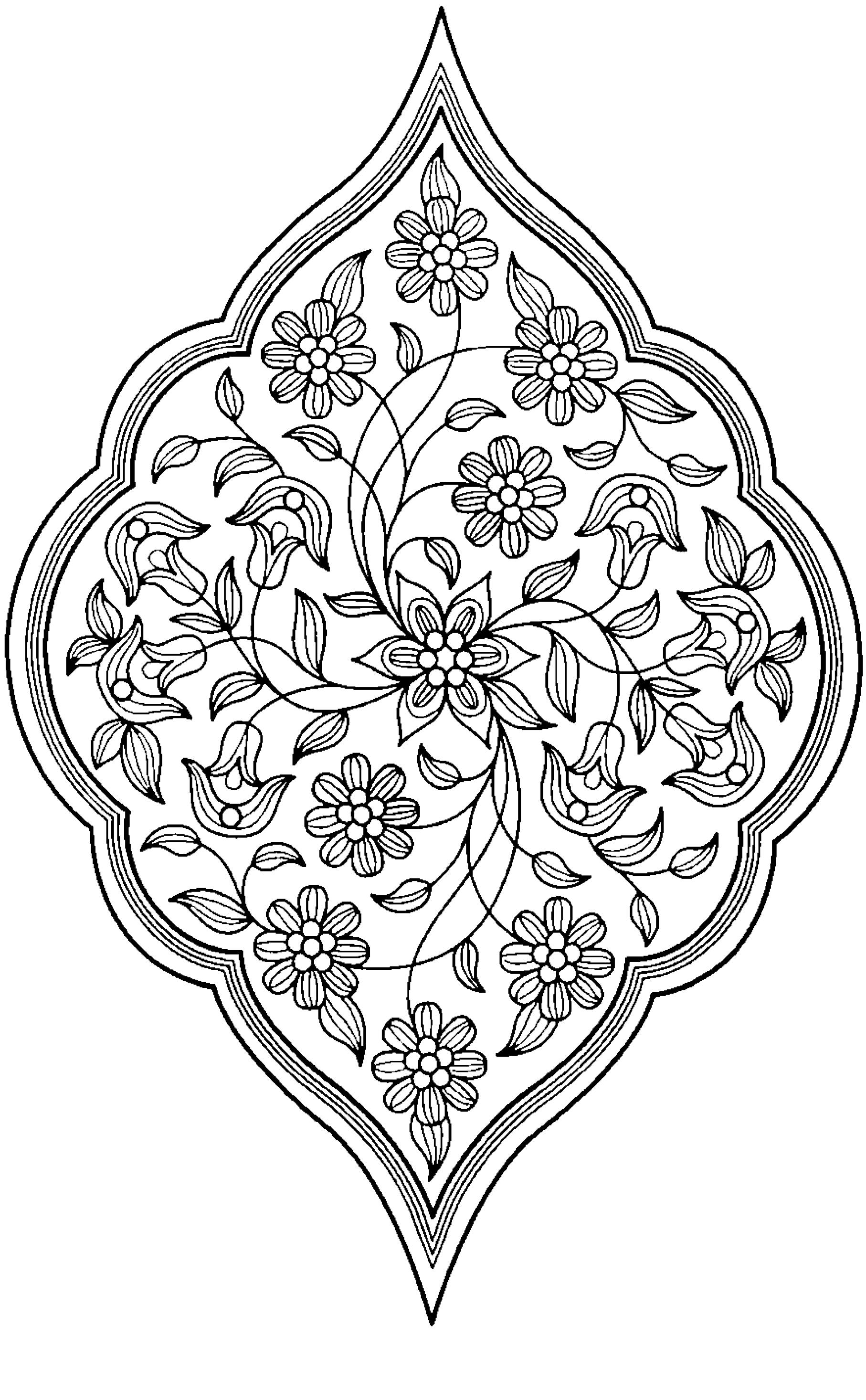
فإن لم يَشترِ حتى خَرَج وقتُ النَّحرِ تَصدَّق بقِيمتها.

ولو بَقِيَت حتى خَرَج وقتُه: تَصدَّق بها حيّةً، ولم يَجُز الذَّبحُ، إلا إذا تَصدَّق، وضَمِن النُّقصانَ، وكذا لو جاء عامٌ قابِلٌ.

ولو بَقِيت الشّاةُ حتى خَرَج وقتُه تَصدَّق بها حيّةً؛ لأن الإراقةَ لم تَبقَ قُربةً بخُروج أيّامِها، ولم يَجُز الذَّبحُ، إلا إذا تَصدَّق وضَمِن النُّقصانَ.

وإن لم يَذبَحها حتى جاء العامُ القابِلُ، فذَبَحها: لم يَجُز عما لَزِمه؛ لتَحوُّل الوُجوبِ من الإراقة إلى التَّصدُّق، والله أعلَمُ بالصَّواب.

كِتَابُ الكَرَاهِيَةِ



كتاب الكراهية

كِتابُ الكَراهِيَةِ[1]

رُوِي عن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن كلَّ مَكروهٍ حَرامٌ، وإنما لم يُطلِق عليه لفظَ الحَرامِ: لأنه لم يَجِد فيه نصًّا قاطِعًا.

---

(١) الكراهية: ضد الطواعية، وهو مصدر كرهت كراهة وكراهِيَةً -بالتخفيف- فهو مكروه، إذا لم ترده ولم ترضه. «الأنيس» ص١٠٤.

والكراهية في الأصل منسوب إلى الكُره -بالضم-، عُوض الألف من إحدى الياءين، وهو مصدر كَرِه الشيء بالكسر إذا لم يُرِده فهو كاره.

وشي كَرِه -كنَصِر وخَجِل- وكريه: أي مكروه.

وكَرِه يتعدى بنفسه إلى مفعول واحد، فإذا شدد زاد له آخر، وأما: ﴿وَكَرَّهَ إِلَيْكُمُ ٱلْكُفْرَ﴾ [الحجرات: ٧] فلتضمين معنى التبغيض، وفي «القاموس»: الكَره -ويضم-: الإباء والمشقة، أو بالضم: ما أكرهت نفسك عليه، وبالفتح: ما أكرهت غيرك عليه، والكراهية بالتخفيف.

والكراهة أفحش من الإساءة، قاله الحلواني، وكراهة التحريم كالواجب حكمًا، والتنزيه كالندب، وما كان الأصل فيه حرمة أسقطت لعموم البلوى فتنزيه، وإلا فتحريم، وما كان الأصل فيه إباحة لكن غلب على الظن وجود المحرم فتحريم، وإلا فتنزيه، هذا عند محمد، وعندهما: إن منع عنه فحرام، وإن لم يمنع.. فإن كان إلى الحرام أقرب: فتحريم، وإن كان إلى الحل أقرب فتنزيه، ومن عادة محمد في كل موضع وجد نصًّا يقطع القول بالحل والحرمة، وفي كل موضع لم يجد فيه نصًّا ففي موضع الحرمة يقول: يكره، أو لم يؤكل، وموضع الحل مرة يقول: أكل، ومرة يقول: لا بأس بأكله. «الكليات» ص٧٦٩.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه إلى الحَرام أقرَبُ.

وهذا الكِتابُ يَشتمِلُ على سِتّة فُصولٍ:

الفَصْلُ الأَوَّلُ
في الأَكْلِ والشُّربِ

كُرِه لَبَنُ أُتُنٍ[1].

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كُرِه لُحومُ الأُتُنِ وألبانُها، وأبوالُ الإبِلِ؛ لأن اللَّبَنَ مُتولِّدٌ من اللَّحم، فأخَذ حُكمَه، وقد مَرَّت هذه الجُملةُ في كِتاب الطَّهارة[2] والذَّبائحِ.

وأكلٌ، وشُربٌ، وادِّهانٌ، وتَطيُّبٌ.. من إناءِ ذَهَبٍ وفِضّةٍ، ولو امرَأةً.

ويُكرَهُ الأكلُ، والشُّربُ، والادِّهانُ، والتَّطيُّبُ.. في آنِية الذَّهَبِ والفِضّةِ، للرِّجال والنِّساءِ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ في الذي يَشرَبُ من إناء الفِضّةِ والذَّهَبِ: «إنما يُجرجِرُ في بَطنه نارَ جهنَّمَ»[3].

وعن حُذيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أنه نَزَل عندَ دِهقانٍ بالْمَدائِن، فأَتاه بشَرابٍ في إناء فِضّةٍ، فلم يَقبَله وقال: نَهانا رَسولُ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنه، ثم نَزَل به في العام الآخرِ، فقَدَّم إليه شَرابًا في إناء فِضّةٍ أيضًا، فكَسَره حُذيفةُ على رَأسه[4].

---

(١) الحمار الذكر والأنثى أتان. «المصباح» ١/ ١٥٠.

(٢) في سوى (هـ): الصلاة.

(٣) رواه أبو داود (٣٧٨٥)، والترمذي (١٨٢٤)، والنسائي (٤٤٤٧ و٤٤٤٨)، وابن ماجه (٣١٨٩).

(٤) روى البخاري (٥٤٢٦) ومسلم (٢٠٦٧) عن عبد الرحمن بن أبي ليلى: أنهم كانوا عند حذيفة، فاستسقى فسقاه مجوسي، فلما وضع القدح في يده رماه به، وقال: لولا أني نهيته غير مرة ولا مرتين - =

والأكلُ، والادِّهانُ، وكلُّ استِعمالٍ: نَظيرُ الشُّربِ، فأُلحِق به، ولأنه تَشبُّهٌ بزيِّ الْمُشرِكين، وتَنعُّمٌ بنِعَم الْمُترَفين[1]، وذلك حَرامٌ، قال اللهُ تَعالى: ﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَٰتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ ٱلدُّنْيَا﴾ [الأحقاف: ٢٠].

والْمُرادُ بقَوله (يُكرَهُ): التَّحريمُ.

ويَستَوي فيه الرِّجالُ والنِّساءُ: لإِطلاق ما ذَكَرنا.

وكذلك الأكلُ بمِلعَقة الذَّهَبِ والفِضّةِ، والاكتِحالُ بمِيل الذَّهَبِ والفِضّةِ وما أشبَه ذلك، كالْمُكحُلة، والْمِرآةِ، والْمِجمَرِ، وغيرِها؛ لِما بَيَّنّا.

لا زُجاجٍ(ف)، وبِلَّورٍ(ف)[2]، وعَقيقٍ(ف)[3]، ومُفضَّضٍ(س م)، ومُضبَّبٍ[4].

= كأنه يقول: لم أفعل هذا- ولكني سمعت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «لا تلبسوا الحرير ولا الديباج، ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها، فإنها لهم في الدنيا ولنا في الآخرة».

ولفظ مسلم: عن عبد الله بن عكيم قال: كنا مع حذيفة بالمدائن، فاستسقى حذيفة، فجاءه دهقان بشراب في إناء من فضة فرماه به، وقال: إني أخبركم أني قد أمرته أن لا يسقيني فيه، فإن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تشربوا في إناء الذهب والفضة، ولا تلبسوا الديباج والحرير، فإنه لهم في الدنيا وهو لكم في الآخرة يوم القيامة».

ورواه ابن حبان (٥٣٣٩) عن عبد الله بن عكيم قال: استسقى حذيفة من دهقان بالمدائن، فأتاه بشراب في إناء من فضة، فحذفه بها، فهبنا حذيفة أن نكلمه، فلما سكن الغضب عنه قال: أعتذر إليكم من هذا، إني كنت تقدمت إليه أن لا يسقيني في هذا، ثم قال: إن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قام فينا خطيبًا قال: «لا تشربوا في إناء الفضة ولا الذهب، ولا تلبسوا الحرير والديباج، فإنه لهم في الدنيا ولكم في الآخرة».

(١) في (د) ونسخة على هامش (ج): المسرفين.

(٢) البلور: حجر أبيض شفاف، ونوع من الزجاج. «المعجم الوسيط» ١/ ٦٩.

(٣) العقيق: حجر يعمل منه الفصوص. «المصباح» ٢/ ٤٢٢.

(٤) الضبة من حديد أو صُفر أو نحوه، يشعب بها الإناء، وجمعها ضَبَّات، مثل جنة وجنات، =

ويَجلِسُ (س م) في سَرْجٍ أو كُرسيٍّ مُفضَّضٍ، ويَتَّقِي مَوضِعَ الفِضّةِ.

ولا بأسَ باستِعمال آنِيةِ الرَّصاصِ، والزُّجاجِ، والبِلَّورِ، والعَقيقِ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُكرَهُ؛ لأنه في مَعنى الذَّهَبِ والفِضّةِ باعتِبار التَّفاخُرِ بها.

ولنا: أن عادتَهم التَّفاخُرُ بالذَّهَب والفِضّةِ لا بغَيرهما.

ويَجوزُ الشُّربُ في الإناء الْمُفضَّضِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، والرُّكوبُ في السَّرْج الْمُفضَّضِ، والجُلوسُ على الكُرسيِّ الْمُفضَّضِ والسَّريرِ الْمُفضَّضِ.. إذا كان يَتَّقي مَوضِعَ الفِضّةِ، أي يَتَّقي مَوضِعَ الفمِ.

وقِيل: هذا ومَوضِعَ اليدِ في الأَخذ، وفي السَّرير والسَّرجِ: مَوضِعَ الجُلوسِ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُكرَهُ ذلك.

وقولُ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يُروى مع أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ويُروى مع أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فصار عن محمدٍ رِوايتان.

وعلى هذا الخِلافِ: الإناءُ الْمُضبَّبُ بالذَّهَب والفِضّةِ، والكُرسيُّ الْمُضبَّبُ بهما.. لا بأسَ بالجُلوس عليه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ إذا لم يَقعُد على مَوضِعِ الذَّهَبِ والفِضّةِ.

وكذا الاختِلافُ إذا جُعِل ذلك في السُّقوف[1] أو في الْمَساجِد، أو حَلْقةِ الْمِرآةِ، أو جَعَل الْمُصحَفَ مُذهَّبًا أو مُفضَّضًا.

وكذا الاختِلافُ في اللِّجام والرِّكابِ والثَّفرِ[2] إذا كان مُفضَّضًا، وكذا الثَّوبُ إذا

=وضَبَّبته -بالتثقيل-: عملت له ضبة. «المصباح» ٢/ ٣٥٧.

(١) في (ج) و(هـ) و(ز): السيوف، وفي (ب) و(د): السقوق. وكلا لفظي السيوف والسقوف صحيح مراد هنا، والكتب ذكرت هذا مرة وهذا مرة.

(٢) ثَفَر الدابة: سير مؤخَّرتِها. «المختار» ص٤٩.

كان فيه كِتابةٌ بذهَبٍ أو فِضّةٍ على هذا الاختِلافِ[1].

وكذا الاختِلافُ إذا كان في نَصل السِّكّينِ فِضّةٌ أو في قَبضة السَّيفِ.

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: إن أخَذ من السِّكّين مَوضِعَ الفِضّةِ يُكرَه، وإلا فلا.

وهذا الاختِلافُ فيما يَخلُصُ، فأما التَّمويهُ الذي لا يَخلُصُ: فلا بأسَ به بالإجماع؛ لأنه إذا كان بحيث لا يَخلُصُ يَكونُ مُستهلَكًا، فيَبقى لونًا مُفرَدًا.

احتَجَّ أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ بعُموم ما وَرَد من[2] النَّهي[3]، ولأن من استَعمَل إناءً كان مُستعمِلًا كلَّ جُزءٍ منه، فيُكرَهُ، كما إذا استَعمَل مَوضِعَ الذَّهَبِ والفِضّةِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الاستِعمالَ قصدًا للجُزء الذي يُلاقِيه العُضوُ، وما سِواه تَبَعٌ في الاستِعمال، فلا يُبالى به، كالجُبّة الْمَكفوفةِ بالحَرير، والعَلَمِ في الثَّوب، ومِسمارِ الذَّهَبِ في الفَصّ، والعِمامةِ الْمُعْلَمةِ بالذَّهَب، وصار كمن شَرِب من كفٍّ وفي إصبَعه خاتَمُ فِضّةٍ.

وقُبِل قولُ الكافرِ في حِلٍّ وحُرمةٍ، والْمَملوكِ والصَّبِيِّ في هَدِيّةٍ وإذنٍ، والفاسِقِ في مُعامَلةٍ، لا دِيانةٍ.

ويُقبَلُ قولُ الكافرِ في الحِلِّ والحُرمةِ، حتى لو كان له أجيرٌ مَجوسيٌّ أو خادِمٌ مَجوسيٌّ، فأرسَله ليَشتريَ له لحمًا، فاشتَرى لحمًا، وقال: (اشتَريتُه من يَهوديٍّ) أو (نَصرانيٍّ) أو (مُسلِمٍ): وَسِعه أكلُه، وإن كان غيرَ ذلك: لم يَسَعه أن يَأكُلَه، أي إن كان ذَبيحةَ غيرِ الكِتابيِّ والْمُسلِمِ.

(١) في (ز): الخلاف.

(٢) في (ب) و(د): به.

(٣) أي عن استعمال الذهب والفضة في الآنية. وقد مر شيء منه آنفًا.

وأصلُه: أن خبرَ الكافِرِ في الْمُعامَلات مَقبولٌ بالإجماع؛ لصُدوره عن عقلٍ ودِينٍ مانِعٍ من الكَذِب، ومِساسُ الحاجةِ إلى قَبوله: لكَثرة الْمُعامَلاتِ، وكونِه من أَهل الشَّهادةِ في الجُملة.

ويُقبَلُ في الهَدِيّة والإذنِ قولُ العبدِ والجارِيةِ والصَّبيِّ؛ لأن الهَدايا إنما تُبعَثُ على أيدِي هؤلاء عادةً، فلو لم يُقبَل قولُهم يَحرَجُ[1] النّاسُ، والعبدُ يَحتاجُ إلى التِّجارة في الأَسواق والأمصارِ البَعيدةِ، ولا يُمكِنُه استِحضارُ الشُّهودِ إلى تلك الْمَواضِعِ، فلو لم يُقبَل قولُه في الإذن لحَرِج النّاسُ في الْمُعامَلة مع العَبيدِ.

وفي «الجامعِ الصَّغيرِ»: أمةٌ قالت لرَجُلٍ: (بَعَثني إليك مَولاي هدِيّةً): يَسَعُه أن يَأخُذَها؛ لأنه لَمّا قُبِل قولُها في إِهداء غيرِها فكذا يُقبَلُ قولُها في إِهدائها.

ورُوِي أن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ قَبِل أمةً هدِيّةً، وقال لها: أفارِغةٌ أنتِ أم مَشغولةٌ؟ فقالت: بل مَشغولةٌ، وأخبرَتْه أن لها زوجًا، فرَدَّها وقَبِل قولَها[2].

---

(١) في (ج) و(هـ): لحرج.

(٢) روى عبد الرزاق (١٣١٧٥) عن الشعبي قال: اشترى شرحبيل بن السمط جارية، فأهداها لعلي بن أبي طالب -أحسبه قال: فدعاها علي- فقالت: إني مشغولة، فقال: ما شغلك؟ قالت: إن لي زوجًا، قال: فلا حاجة لنا في شيء مشغول. فردها عليه.

وروى عبد الرزاق أيضًا (١٣١٧٦) عن الشعبي: أن شراحيل بن مرة بعث إلى علي بجارية، فقال لها علي: أفارغة أنت أم مشغولة؟ فقالت: بل مشغولة -لها زوج- فردها، فاشترى شراحيل بضعها بألف وخمسمائة درهم، فبعث بها إلى علي، فقبلها.

وروى ابن أبي شيبة (١٨٢٦٩) عن الشعبي، قال: أهدى رجل من همْدان لعلي جارية، فلما أتته سألها علي: أفارغة أم مشغولة؟ فقالت: مشغولة يا أمير المؤمنين، قال: فاعتزلها، وأرسل إلى زوجها، فاشترى بضعها منه بعشرين وأربعمائة. =

ويُقبَلُ في الْمُعامَلات قولُ الفاسِقِ، ولا يُقبَلُ في الدِّيانات إلا العَدْلُ.

والفرقُ: أن الْمُعامَلاتِ يَكثُرُ وُجودُها، والعَدْلُ لا يُوجَدُ في كلِّ مَوضِعٍ، ولا إلزامَ فيها، فيُقبَلُ قولُ الواحِدِ فيها عَدْلًا كان أو فاسِقًا، حُرًّا كان أو عبدًا، ذكَرًا كان أو أُنثى، مُسلِمًا كان أو كافِرًا؛ دفعًا للحَرَج والضَّرورةِ.

أما الدِّياناتُ: فلا يَكثُرُ وُقوعُها حسَبَ وُقوعِ الْمُعامَلاتِ، والخبرُ مُلزِمٌ فيها، فلا يُقبَلُ فيها إلا قولُ الْمُسلِمِ العَدْلِ؛ لأن الفاسِقَ مُتَّهَمٌ؛ لأنه يَرتكِبُ الكَبائرَ، فجاز أن يَرتكِبَ الكَذِبَ، والكافِرُ لا يَلتزِمُ الحُكمَ، وهو ساعٍ لِما يَهدِمُ الدِّينَ، فليس له أن يُلزِمَ الْمُسلِمَ.

بخِلاف الْمُعامَلاتِ؛ لأن الكافِرَ لا يُمكِنُه الْمَعيشةُ في دارنا إلا بالْمُعامَلة، ولا يَقدِرُ على الْمُعامَلة إلا بعدَ قَبولِ قولِه[1] فيها، فيُقبَلُ قولُه ضَرورةً.

ولا يُقبَلُ قولُ الْمَستورِ في الدِّيانات في ظاهِرِ الرِّوايةِ، ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه يُقبَلُ قولُه فيها.

وهو بِناءً على جَواز القَضاءِ بظاهِرِ العَدالةِ عندَه.

والصَّحيحُ: أن الْمَستورَ كالفاسِقِ، لا يَكونُ خبرُه حُجّةً حتى تَظهَرَ عَدالتُه.

ويُقبَلُ فيها قولُ العبدِ والأمةِ إذا كانا عَدْلَين؛ لأن في أُمور الدِّينِ خبرَ الْمَملوكِ

= وروى سعيد بن منصور (١٩٥٠) والطحاوي في «مشكل الآثار» (١١/ ١٧٨) عن الشعبي: أن مرة ابن شراحيل صاحب السيلحين بعث إلى علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بجارية، فسألها هل لك من زوج؟ قالت: نعم، فردها، وكتب إلى مرة: إني وجدت هديتك مشغولة. فاشترى مرة بضعها من زوجها بخمسمائة درهم، وبعث بها إليه فقبلها.

(١) في (ج): غيره.

والْمَرأةِ كخَبَرِ الحُرِّ والذَّكَرِ؛ لأنه يَلتزِمُ بنَفسه، ثم يَتعدّى منه إلى غَيره، فلا يَكونُ هذا من باب الوِلايةِ على الغَير، والقَبولُ: لرُجحان الصِّدقِ، وبالعَدالة يَترجَّحُ الصِّدقُ.

فمن الْمُعامَلات: الوَكالاتُ، والْمُضارَباتُ، والرِّسالاتُ في الهَدايا، والإذنُ في التِّجارات، ومن الدِّيانات: الإخبارُ بنَجاسة الماءِ، حتى إذا أخبَره مُسلِمٌ مَرضيٌّ لم يَتوضَّأ به، ويَتيمَّمُ؛ لتَرجُّح جانِبِ الصِّدقِ في خَبَره؛ لظُهور عَدالتِه.

وإن كان الْمُخبِرُ فاسِقًا أو مَستورًا تَحرّى، فإن كان أكبَرُ[1] رأيِه أنه صادِقٌ يَتيمَّمُ، ولم يَتوضَّأ به؛ لأن أكبَرَ[2] الرَّأيِ فيما بُنِي على الاحتِياط، كاليَقين.

وإن أَراقه ثم تَيمَّم: كان أحوطَ.

ومع العَدالةِ سَقَط احتِمالُ الكَذِبِ شرعًا؛ لأنها عِبارةٌ عن الانزِجار عن الْمَعاصِي، والكَذِبُ منها، فكان مُنزجِرًا عنه، فلا مَعنى للاحتِياط بالإراقة، بخِلاف التَّحرِّي؛ فإنه وإن كان دَليلًا، لكنه ظنِّيٌّ، فكان إراقةُ الماءِ ثَمَّ أحوطَ.

ولو كان أكبَرُ[3] رأيِه أنه كاذِبٌ: يَتوضَّأُ به ولا يَتيمَّمُ؛ لتَرجُّح جانِبِ الكَذِبِ بالتَّحرِّي.

فإن قِيل: يَنبَغي أن يَتيمَّمَ أيضًا احتِياطًا؛ للتَّعارُض بينَ خَبَرِ الفاسِقِ والتَّحرِّي، كما في سُؤر الحِمارِ يَجمَعُ بينَ التَّوضُّؤِ وبينَ التَّيمُّمِ؛ لتَعارُض الأدِلّةِ.

قُلنا: النَّصُّ حَكَم بالتَّوقُّف في نَبأ الفاسِقِ[4]، والأمرُ بالتَّيمُّم هنا عمَلٌ بخَبَره من

---

(١) في (ب) و(د) و(ز): أكثر.

(٢) في (ب) و(د): أكثر.

(٣) في (ب) و(د): أكثر.

(٤) في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوۡمَۢا بِجَهَٰلَةٖ فَتُصۡبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلۡتُمۡ نَٰدِمِينَ﴾ [الحجرات: ٦].

وجهٍ، فكان خِلافَ النَّصِّ، ولَمّا ثَبَت التَّوقُّفُ في خَبَره بَقِي أصلُ الطَّهارةِ للماء، فلا حاجةَ إلى ضمِّ التَّيمُّم إليه.

وقِيل: هذا جَوابُ الحُكمِ، فأما في الاحتِياط: فيَتيمَّمُ بعدَ الوُضوءِ؛ لِما قُلنا.

وإن أخبَر بنَجاسة الماءِ ذِمِّيٌّ أو صبيٌّ: لا يَعمَلُ بخَبَره، ويَتوضَّأُ؛ لأن ما أخبَرا به لا يَلزَمُهما، فيَصيرُ غيرُهما مَقصودًا، فيَصيرُ من باب الإلزامِ، وليس لهما وِلايةُ الإلزامِ.

ومنها: الحِلُّ والحُرمةُ إذا لم يكن فيه زَوالُ الْمِلكِ، حتى إذا تَزوَّج امرَأةً، فأخبَر مُسلِمٌ ثِقةٌ رَجُلٌ أو امرَأةٌ أنهما أُرضِعا[1] من امرَأةٍ[2] واحِدةٍ: فإنه لا تَثبُتُ الحُرمةُ، حتى لا يَجِبُ التَّفريق؛ لأن شَهادةَ الواحِدِ على زَوال الْمِلكِ لا تُقبَلُ، وقد قامت هذه الشَّهادةُ على زَوال الْمِلكِ.

والأفضَلُ أن يَتنزَّهَ؛ لأن شَهادةَ الفردِ حُجّةٌ في التَّنزُّه[3].

ولو اشتَرى مُسلِمٌ لحمًا، فأخبَره مُسلِمٌ ثِقةٌ أنه ذَبيحةُ مَجوسيٍّ: لم يَنبَغِ[4] له أن

---

(١) في (ج): ارتضعا.

(٢) في (هـ): من لبن امرأة.

(٣) في (أ) ونسخة في (ج): حتى إذا تزوج امرأةً فلم يدخل بها حتى غاب عنها، فأخبره مخبر أنها قد ارتدت عن الإسلام، والمخبر ثقة عنده، وهو حر أو مملوك: وسعه أن يصدقه ويتزوج أربعًا سواها؛ لأنه أخبره بأمر ديني وهو حل نكاح الأربع، وهذا أمر بينه وبين ربه. بدل:

(حتى إذا تزوج امرأة فأخبر مسلم ثقة، رجل أو امرأة: أنهما ارتضعا من امرأة واحدة، فإنه لا تثبت الحرمة، حتى لا يجب التفريق؛ لأن شهادة الواحد على زوال الملك لا تقبل، وقد قامت هذه الشهادة على زوال الملك، والأفضل أن يتنزه؛ لأن شهادة الفرد حجة في التنزه).

والنص الأول الذي لم أثبته مذكور في «المبسوط» ١٠/ ١٧٩.

(٤) في (هـ): لم يسع.

يَأكُلَه؛ لأنه أخبَر بحُرمة العَينِ، وهو أمرٌ دِينيٌّ، فتَتِمُّ الحُجّةُ بخَبَر الواحِدِ، وتَبقى العَينُ مَملوكةً له مُتقوَّمةً؛ لأن نقضَ الْمِلكِ فيه لا يَجوزُ بقَول الواحِدِ، وحُرمةُ الأكلِ تَنفصِلُ عن زَوال الْمِلكِ، كالدُّهن النَّجِسِ.

ومن دُعِي إلى وَليمةٍ[1] ثَمّ لَعِبٌ وغِناءٌ: قَعَد، وأكَل.

ومَن دُعِي إلى وَليمةٍ أو طَعامٍ، فوَجَد ثَمَّ لَعِبًا أو غِناءً: فلا بأسَ بأن يَقعُدَ ويَأكُلَ، قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ابتُليتُ بهذا مرّةً.

وهذا لأن إجابةَ الدَّعوةِ سُنّةٌ، قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من لم يُجِب الدَّعوةَ فقد عَصى أبا القاسِمِ»[2]، وقال: «إذا دُعِي أحَدُكم فليُجِبْ، فإن كان مُفطِرًا فلْيأكُل، وإن كان صائِمًا فلْيَدْعُ»[3]، فلا يَترُكُها للبِدعة التي اقترَنت بها.

ألا تَرى أن الصَّلاةَ على الميْت لا يَجوزُ تركُها وإن حَضَرتْها نِياحةُ النِّساءِ، وكذا تَشييعُ الجَنازةِ لا يَجوزُ تركُه بنِياحة أهلِ البيتِ وشقِّ جُيوبِهم، فإن قَدَر على الْمَنع مَنَعهم، وإن لم يَقدِر يَصبِرُ.

وهذا إذا كان الغِناءُ واللَّعِبُ في ذلك الْمَنزِلِ لا على المائِدة، فإن كان على المائِدة فلا يَنبَغي أن يَقعُدَ؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨].

وهذا إذا كان الرَّجُلُ خامِلَ الذِّكرِ لا يَشينُ الدِّينَ قُعودُه، فأما إذا كان مُقتدًى مُشارًا

(١) الوليمة: اسم لكل طعام يتخذ لجمع، وقال ابن فارس: هي طعام العرس. «المصباح» ٢/ ٦٧٢.

(٢) رواه أبو يعلى (٥٨٩١)، ورواه مسلم (١٤٣٢) بلفظ: «شر الطعام طعام الوليمة، يمنعها من يأتيها، ويدعى إليها من يأباها، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله».

(٣) رواه مسلم (١٤٣١) بلفظ: «إذا دعي أحدكم فليجب، فإن كان صائمًا فليُصَلِّ، وإن كان مفطرًا فليطعم». ورواه النسائي في «الكبرى» (١٠٠٥٩) بلفظ: «إذا دعي أحدكم فليجب، فإن كان مفطرًا فليأكل، وإن كان صائمًا دعا بالبركة».

إليه: فلا يَنبَغي أن يَقعُدَ، بل يَخرُجُ ويُعرِضُ عنهم إن لم يَقدِر على النَّهي والتَّغيير؛ لأن ذلك يَشينُ الدِّينَ، وربما يَعتقِدُ البعضُ الحِلَّ حينَ رَآه ساكِتًا يُصنَعُ ذلك بينَ يَدَيه، فيَكونُ فيه فتحُ بابِ الْمَعصِيةِ على الْمُسلِمين.

والْمَحكيُّ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في أوَّل أحوالِه، ولم يكن يومَئذٍ مُقتدًى مُشارًا إليه.

وهذا إذا لم يَعلَم ذلك حتى حَضَر، فأما إذا عَلِم بذلك قبلَ الحُضورِ: فإنه يَنبَغي أن لا يَحضُرَ؛ لأن حقَّ الدَّعوةِ لم يَلزَمه ههنا؛ لأنه لم يَخلُص سُنّةً، بخِلاف ما إذا هَجَم عليه؛ لأنه قد لَزِمه.

ودَلَّت الْمَسألةُ على أن الْمَلاهيَ كلَّها حَرامٌ، حتى التَّغنِّي بضَرب القَضيبِ(1).

وكذا قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ابتُليتُ)؛ لأن الابتِلاءَ بالْمُحرَّم يَكونُ، وقد قال ابنُ مَسعودٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: إن صوتَ اللَّهوِ والغِناءِ يُنبِتُ النِّفاقَ في القَلب كما يُنبِتُ النَّباتُ بالماء(2).

وقال مَشايخُنا: استِماعُ القُرآنِ بالأَلحان مَعصِيةٌ، والتّالِي والسّامعُ آثِمان.

ورَوى الصَّدرُ الشَّهيدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في كَراهِيَة «الواقِعاتِ» عن رَسول اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «استِماعُ الْمَلاهِي مَعصِيةٌ، والجُلوسُ عليها فِسقٌ، والتَّلذُّذُ بها من الكُفر»(3).

---

(1) في (ز): القصب.

(2) رواه البيهقي عنه (٢١٠٠٧) بلفظ: الغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء الزرع، والذكر ينبت الإيمان في القلب كما ينبت الماء الزرع.

وروى أبو داود (٤٩٢٧) عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه مرفوعًا: «إن الغناء ينبت النفاق في القلب».

(3) لم أقف عليه، وفي «تخريج أحاديث الإحياء» ص٧٤٢: حديث المنع من الملاهي والأوتار=

الفصل الثاني
في اللُّبس

وحَرُم لنا، ولو في حربٍ(س م)، لا لهنّ.. لُبسُ حَريرٍ، إلا قَدْرَ أربَعةِ أصابعَ.

لا يَحِلُّ للرِّجال لُبسُ الحَريرِ والدِّيباجِ، ولو في الحَرب، ويَحِلُّ للنِّساء.. إلا قَدْرَ أربَعةِ أصابعَ.

وقال بعضُ النّاسِ: يَحِلُّ للرِّجال أيضًا؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ صَلّى وعليه فَرُّوجٌ من حَريرٍ[1]، وفي حَديث مَخرَمةَ: أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ خَرَج إليه وعليه قَباءٌ من دِيباجٍ[2].

= والمزامير:

أخرجه البخاري من حديث أبي عامر أو أبي مالك الأشعري: «ليكونن في أمتي أقوام يستحلون الخز والحرير والمعازف»، صورته عند البخاري صورة التعليق، ولذلك ضعفه ابن حزم، ووصله أبو داود والإسماعيلي.

والمعازف: الملاهي، قاله الجوهري، ولأحمد من حديث أبي أمامة: «إن الله أمرني أن أمحق المزامير والكيارات -يعني البرابط- والمعازف»، وله من حديث قيس بن سعد بن عبادة: «إن ربي حرم على الخمر والكوبة والقنين»، وله في حديث لأبي أمامة باستحلالهم الخمور وضربهم بالدفوف، وكلها ضعيفة، ولأبي الشيخ من حديث مرسلًا: «الاستماع إلى الملاهي معصية ... الحديث»، ولأبي داود من حديث ابن عمر: سمع مزمارًا فوضع إصبعيه على أذنيه، قال أبو داود: وهو منكر.

(١) روى البخاري (٣٧٥) ومسلم (٢٠٧٥) عن عقبة بن عامر قال: أهدي إلى النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فروج حرير، فلبسه، فصلى فيه، ثم انصرف، فنزعه نزعًا شديدًا كالكاره له، وقال: «لا ينبغي هذا للمتقين».

(٢) روى البخاري (٥٨٦٢) عن المسور بن مخرمة: أن أباه مخرمة قال له: يا بني إنه بلغني أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قدمت عليه أقبية فهو يقسمها، فاذهب بنا إليه، فذهبنا فوجدنا النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ =

ولنا: أن النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهى عن لُبس الحَريرِ والدِّيباجِ، وقال: «إنما يَلبَسُه من لا خَلاقَ له في الآخِرة»[1].

وما رَوى الْمُخالِفُ مَنسوخٌ بما رَوَينا.

وقال بعضُ الفُقَهاءِ: هو حَرامٌ عليهنّ؛ لعُموم النَّهيِ.

واحتَجَّ أصحابُنا بحَديث عليٍّ، وأبي مُوسى، وعبدِ اللهِ بنِ عمرَ، وعُقبةَ بنِ عامرٍ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ: أن النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَرَج وبإِحدى يَدَيه حَريرٌ وبالأُخرى ذهَبٌ، فقال: «هذان حَرامان على ذُكور أُمّتي، حِلٌّ لإناثهم»[2].

إلا أن القَليلَ عفوٌ، وهو قَدْرُ أربَعِ أصابعَ، كالأَعلام والْمَكفوفِ بالحَرير؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن لُبس الحَريرِ إلا مَوضِعَ أُصبُعَين أو ثَلاثةٍ أو أربعةٍ[3]. يُريدُ

= في منزله، فقال لي: يا بني ادع لي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فأعظمت ذلك، فقلت: أدعو لك رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ فقال: يا بني إنه ليس بجبار، فدعوته، فخرج وعليه قباء من ديباج مزرر بالذهب، فقال: «يا مخرمة! هذا خبأناه لك»، فأعطاه إياه.

(١) رواه أبو داود (٤٠٤١)، وروى البخاري (٦٠٨١) ومسلم (٢٠٦٨) واللفظ له: عن ابن عمر: أن عمر رأى على رجل من آل عطارد قباء من ديباج أو حرير، فقال لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لو اشتريته، فقال: «إنما يلبس هذا من لا خلاق له»، فأهدي إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حلة سيراء، فأرسل بها إلي، قال: قلت: أرسلت بها إلي وقد سمعتك قلت فيها ما قلت، قال: «إنما بعثت بها إليك لتستمتع بها».

(٢) رواه بألفاظ متقاربة: الإمام أحمد (١٩٥١٥) عن أبي موسى الأشعري، وأبو داود (٤٠٥٧) عن علي، والترمذي (١٧٢٠) عن أبي موسى الأشعري، والنسائي (٥١٤٤) عن علي، وابن ماجه (٣٥٩٧) عن عبد الله بن عمرو، والبزار (٤٨٣٦) عن ابن عباس، رضي الله تعالى عنهم أجمعين، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٢٢. ولفظ ابن ماجه: عن علي بن أبي طالب قال: أخذ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حريرًا بشماله، وذهبًا بيمينه، ثم رفع بهما يديه، فقال: «إن هذين حرام على ذكور أمتي حل لإناثهم».

(٣) رواه مسلم (٢٠٦٩).

الأعلامَ، وعنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: أنه كان يَلبَسُ جُبّةً مكفوفةً بالحَرير[1].

ومن النّاس من حَرَّم ذلك؛ لعُموم النَّهيِ.

ولا بأسَ بلُبس الدِّيباجِ والحَريرِ في الحَرب عندَهما؛ لأن الحاجةَ ماسّةٌ إليه؛ فإنه يَرُدُّ الحَديدَ بقُوّته، ويَكونُ رُعبًا في قُلوب الأعداءِ؛ لكَونه أهيبَ في أعيُنهم ببَريقه ولَمَعانِه، وقد صَحَّ أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ رَخَّص في لُبس الحَريرِ والدِّيباجِ في الحَرب[2].

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُكرَهُ؛ لأنه لا فصلَ فيما رَوَينا من النَّهي، والْمُحرَّمُ لا يَحِلُّ إلا عندَ الضَّرورةِ، وقد اندفَعت الضَّرورةُ بالْمَخلوط، وهو الذي لُحمتُه حَريرٌ وسَداه غيرُه.

---

(١) روى مسلم (٢٠٦٩) عن عبد الله مولى أسماء بنت أبي بكر، وكان خال ولد عطاء، قال: أرسلتني أسماء إلى عبد الله بن عمر، فقالت: بلغني أنك تحرم أشياء ثلاثة: العلم في الثوب، وميثرة الأرجوان، وصوم رجب كله، فقال لي عبد الله: أما ما ذكرت من رجب فكيف بمن يصوم الأبد؟ وأما ما ذكرت من العلم في الثوب، فإني سمعت عمر بن الخطاب يقول: سمعت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «إنما يلبس الحرير من لا خلاق له»، فخفت أن يكون العلم منه، وأما ميثرة الأرجوان، فهذه ميثرة عبد الله، فإذا هي أرجوان، فرجعت إلى أسماء فخبرتها، فقالت: هذه جبة رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فأخرجت إلي جبة طيالسة كسروانية لها لبنة ديباج، وفرجيها مكفوفين بالديباج، فقالت: هذه كانت عند عائشة حتى قبضت، فلما قبضت قبضتها، وكان النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يلبسها، فنحن نغسلها للمرضى يستشفى بها.

وكُفّة الثوب: حاشيته. «المصباح» ٢/ ٥٣٥.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٢٧: رواه ابن عدي في «الكامل» (٦/ ٤٤٠)، عن الحكم بن عمير، وكان من أصحاب النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: رخص رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في لباس الحرير عند القتال. انتهى. وروى ابن سعد في «الطبقات» (٣/ ١٣٠): عن الحسن قال: كان عبد الرحمن بن عوف رجلًا شرئًا، فاستأذن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في قميص حرير، فأذن له، قال الحسن: وكان المسلمون يلبسون الحرير في الحرب. انتهى بتصرف.

فإن قِيل: الخالِصُ أدفعُ لِمَعرّة السِّلاحِ.

قُلنا: الْمَخلوطُ له قُوّةُ الثَّخانةِ، فاستَويا، فوَجَب أن يُجتزَأَ بالأَدنى عن الأعلى في باب التَّحريمِ.

والْمَرويُّ مَحمولٌ على الْمَخلوط.

وحلَّ(س م) توسُّدُه، وافتِراشُه(س م).

وحَلَّ تَوسُّدُه والنَّومُ عليه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقالا: يُكرَهُ.

ذَكَر[1] القُدُوريُّ والقاضِي أبو عاصِمٍ[2] قولَ أبي يوسف مع محمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، والفَقيهُ أبو اللَّيثِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مع أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وكذا الاختِلافُ في سِتْر الحَريرِ وتَعليقِه على الأَبواب.

لهما: ما رُوِي من عُموم النَّهيِ، وقال سعدُ بنُ أبي وقّاصٍ: لَأَن أتَّكِئَ على جَمرة الغَضا أحبُّ إليَّ من أن أتَّكِئَ على مَرافِق الحَريرِ[3]، وعن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أنه أُتِي بدابَّةٍ على سَرْجِها حَريرٌ، ....

---

(١) في (ج): وذكر، وفي (هـ): ذكره.

(٢) في (ج): أبو عامر.

(٣) روى ابن أبي شيبة (٢٤٦٣٩) والطحاوي في «معاني الآثار» (٦٦٨٦) والحاكم (٣٦٩٧) والبيهقي (٦٠٧٠) عن صفوان بن عبد الله بن صفوان قال: استأذن سعد على ابن عامر وتحته مرافق من حرير، فأمر بها فرفعت، فدخل عليه وعليه مطرف خز، فقال له: استأذنت علي وتحتي مرافق من حرير، فأمرت بها فرفعت، فقال له: نِعْم الرجل أنت يا بن عامر إن لم تكن ممن قال الله عز وجل: ﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَٰتِكُمْ فِى حَيَاتِكُمُ ٱلدُّنْيَا﴾، والله لأن أضطجع على جمر الغضا أحب إلي من أن أضطجع عليها.

وفي لفظ ابن أبي شيبة والطحاوي: لأن أضطجع على جمر الغضاء أحب إلي من أن أضطجع على مرافق حرير. قال: فهذا عليك مطرف شطره خز وشطره حرير، قال: إنما يلي جلدي منه الخز.

فقال: هذا لهم في الدُّنيا ولنا في الآخِرة[1].

ولأن التَّنعُّمَ بالتَّوسُّد والافتِراشِ مِثْلُ اللُّبسِ، وهو عادةُ الأكاسِرةِ، والتَّشبُّهُ بهم حَرامٌ، قال عمرُ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: إيّاكم وزِيَّ الأعاجِمِ[2].

وله: ما رُوِي أنه عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ جلَس على مِرفَقة حَريرٍ[3]، ورُوِي عن ابن عبّاسٍ

---

(١) روى معمر بن راشد في «جامعه» (١٩٩٤٠) ثم البيهقي في «الشعب» (٥٦٨٧) عن عمرو: أن عليًّا أتي ببرذون عليه صُفّة ديباج، فلما وضع رجله في الركاب، وأخذ بالسرج زلت يده عنه، فقال: ما هذا؟ قالوا: ديباج، قال: والله لا أركبه.

أما الجملة الأخيرة فقد وردت مرفوعة، وهي ما رواه البخاري (٥٤٢٦) ومسلم (٢٠٦٧): «لا تلبسوا الحرير ولا الديباج، ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها، فإنها لهم في الدنيا ولنا في الآخرة».

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٢٦: رواه ابن حبان في «صحيحه» (٥٤٥٤) في النوع التاسع من القسم الرابع، من حديث شعبة عن قتادة قال: سمعت أبا عثمان يقول: أتانا كتاب عمر ونحن بأذربيجان مع عتبة بن فرقد: أما بعد: فاتزروا، وارتدوا، وانتعلوا، وارموا بالخفاف، واقطعوا السراويلات، وعليكم بلباس أبيكم إسماعيل، وإياكم والتنعم، وزي العجم، وعليكم بالشمس، فإنها حمام العرب، اخشوشنوا، واخلولقوا، وارموا الأغراض، وانزوا نزوًا، وإن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ نهانا عن الحرير، إلا هكذا، وضم إصبعيه: السبابة والوسطى. انتهى، ورواه البيهقي في «شعب الإيمان» (٥٧٧٦) في الباب التاسع والثلاثين عن الحاكم بسنده إلى الحارث بن أبي أسامة ثنا أبو النضر ثنا شعبة به سواء، وأخرجه مسلم في «صحيحه» (٢٠٦٩) بلفظ: وإياكم والتنعم، وزي أهل الشرك، ولبوس الحرير.

والمصنف استدل بهذا الأثر للصاحبين على كراهية توسد الحرير، ولو استدل على ذلك بحديث حذيفة لكان أولى، أخرجه البخاري (٥٨٣٧) عن ابن أبي ليلى عن حذيفة، قال: نهانا النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أن نشرب في آنية الذهب والفضة، وأن نأكل فيها، وعن لبس الحرير والديباج، وأن نجلس عليه. انتهى. وهو من مفردات البخاري، ولم أجد الحميدي ذكره، وذكره عبد الحق في «الجمع بين الصحيحين».

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٢٧: غريب جدًّا، ويُشكل على المذهب حديث حذيفة، قال: نهانا=

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أنه كان على بِساطه مِرفَقةُ حَريرٍ[1]، وعن أنسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه جَلَس على مِرفَقة حَريرٍ[2]، وكذا عن الحَسَن.

ولأنّا أجمَعنا أن القَليلَ من الْمَلبوس حَلالٌ، وهو الأعلامُ، فكذا القَليلُ من اللُّبس والاستِعمالِ، والجامِعُ: أنه نَموذَجٌ لنَعيم الآخِرةِ؛ تَرغيبًا فيما هو في الآخِرة، لا مَقصودًا[3].

= رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن نشرب في آنية الذهب والفضة، وأن نأكل فيها، وعن لُبس الحرير والديباج، وأن نجلس عليه. انتهى. أخرجه البخاري (٥٨٣٧). انتهى، وقال العيني في «البناية» ١٢/ ١٠٠: هذا لم يثبت عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أصلًا، ولا ذكره أحد من أرباب النقل، لا بسند صحيح، ولا بسند ضعيف.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٢٧: رواه ابن سعد في «الطبقات» عن راشد مولى لبني عامر قال: رأيت على فراش ابن عباس مرفقة حرير. انتهى. وفيه (٦/ ٢٥٧) عن مؤذن بني وادعة، قال: دخلت على عبد الله بن عباس، وهو متكئ على مرفقة حرير، وسعيد بن جبير عند رجليه، وهو يقول له: انظر كيف تحدث عني، فإنك حفظت عني كثيرًا. انتهى.

(٢) لم أقف عليه، وروى البخاري (٥٨٠٢) عن معتمر عن أبيه قال: رأيت على أنس بُرنُسًا أصفر من خز. وروى ابن أبي شيبة (٢٤٦٢٣) عن يحيى بن أبي إسحاق قال: رأيت على أنس بن مالك مطرف خز، ورأيت على القاسم مطرف خز، ورأيت على عبيد الله بن عبد الله خزًّا. وروى أيضًا (٢٤٩٧٥) عن عبد السلام بن شداد أبي طالوت قال: رأيت على أنس بن مالك عمامة خز. وروى البيهقي (١٣٥٧) عن راشد بن نجيح، قال: رأيت أنس بن مالك دخل الخلاء وعليه جوربان أسفلهما جلود وأعلاهما خز، فمسح عليهما. وروى أيضًا (٦٠٩٥) عن إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة وحميد الطويل: أنهما رأيا على أنس بن مالك كساء خز. وروى أيضًا (٦٠٩٩) عن عامر بن عبيدة الباهلي قاضي البصرة قال: خرجت مع نفر من باهلة حتى أتينا أنس بن مالك، فذكر الحديث، قال فيه: قلنا: فأخبرنا عن الخز، قال: فأخرج إلينا جبة من خز بين قميصين، فقال: ها هو ذا ألبسه، ووددت أني لم أكن لبسته، وما أحد من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلا وقد لبسه غير عمر وابن عمر فإنهما لم يلبساه.

(٣) في (أ) و(ج): مقصود.

فإن قِيل: الجُلوسُ على كُرسيِّ الفِضّةِ لا يَحِلُّ، ولا يَحِلُّ افتِراشُه، وقد حَلَّ القَليلُ منه، وهو لُبسُ الخاتَمِ.

قُلنا: ما أطلَقنا القَليلَ إلا ليَكونَ نَموذَجًا، فإذا انقَلَب مَقصودًا بَقِي حَرامًا، كالخَمرِ؛ وهذا لأن الحَريرَ لِباسُ أهلِ الجنّةِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَلِبَاسُهُمْ فِيهَا حَرِيرٌ﴾ [الحج: ٢٣]، فوَجَب إطلاقُ القَليلِ منه -وهو العَلَمُ- والقَليلِ من لُبسه -وهو الافتِراشُ- ليَكونَ نَموذَجًا إلى ذلك الكَثيرِ الكامِلِ.

فأما الفِضّةُ: فلا تكونُ لِباسًا في الدّار الآخِرةِ، وإنما يَكونُ منها الكَراسيُّ ونحوُها، فلو أطلَقناه لصار عَينُها مُطلَقًا، وعَينُ الشَّيءِ لا يَصلُحُ نَموذَجًا.

ولُبسُ ما سَداه[١] حَريرٌ ولَحمتُه[٢] قُطنٌ أو خُزٌّ، في حربٍ وغيرِه، وعكسُه في حربٍ فقط.

وحَلَّ لُبسُ ما سَداه حَريرٌ ولُحمتُه قُطنٌ أو خَزٌّ.. في الحَرب وغيرِه؛ لأن الصَّحابةَ رَضِيَ اللهُ عَنهُم كانُوا يَلبَسون الخَزَّ[٣]، والخَزُّ مُسدًّى بالحَرير.

---

(١) السَّدى -وزان الحصى- من الثوب، خلاف اللَّحمة، وهو ما يمد طولاً في النسج. «المصباح» ١/ ٢٧١.

(٢) لَحمة الثوب -بالفتح-: ما ينسج عَرضًا، والضم لغة، وقال الكسائي: بالفتح لا غير، واقتصر عليه ثعلب. «المصباح» ٢/ ٥٥١.

(٣) قال في «الدراية» ٢/ ٢٢١: أخرجه البخاري في «القراءة خلف الإمام» (٦٢) من طريق زرارة هو ابن أوفى قال: رأيت عمران بن حصين يلبس الخز.

وروى ابن أبي شيبة (٢٤٦٢٣) من طريق يحيى بن أبي إسحاق: رأيت على أنس مطرف خز.

وروى عبد الرزاق من طريق عبد الكريم الجزري: رأيت على أنس جبة خز وكساء خز وأنا أطوف مع سعيد ابن جبير.

وروى ابن أبي شيبة (٢٤٦٢٤) من طريق السدي: رأيت على الحسين بن علي كساء خز، وأخرجه=

ولأنه بالنَّسج يَصيرُ ثَوبًا، وهو باللُّحمة والسَّدى، فيُضافُ كونُه ثَوبًا إلى آخِرِ

= الطبراني (٢٧٩٦) بلفظ: عمامة خز.

وروى الحاكم (٣٦٩٧) من طريق صفوان بن عبد الله بن صفوان: استأذن سعد وعليه مطرف خز على ابن عامر وتحته مرافق من حرير، فأمر بها فرفعت.

وقال عبد الرزاق (رواه عنه البيهقي في «الشعب» ٥٨٠٠) عن العمري أخبرني وهب بن كيسان: رأيت ستة من الصحابة يلبسون الخز: سعد وابن عمر وجابر وأبو هريرة وأبو سعيد وأنس.

وروى ابن أبي شيبة (٢٤٦٣١) من طريق عمار: رأيت على أبي قتادة مطرف خز، وعلى أبي هريرة كذلك، وعلى ابن عباس ما لا أحصي. وأخرجه الطبراني (٣٢٧٣) من رواية عمار المذكور: رأيت زيد بن ثابت وابن عباس وأبا هريرة وأبا قتادة يلبسون مطارف الخز.

وأخرج البيهقي في «الشعب» (٥٨٠٤) من طريق عكرمة: أن ابن عباس كان يلبس الخز ويقول: إنما يكره المصمت. ومن طريق نافع (٥٨٠١): أن ابن عمر كان ربما لبس مطرف الخز ثمنه خمسمائة درهم. ص

وروى ابن سعد (٤/ ٣٠١) من طريق أبي سعد البقال: رأيت على ابن أبي أوفى برنس خز. وروى ابن أبي شيبة (٢٤٦٢٥) من طريق الشيباني: رأيت على ابن أبي أوفى مطرف خز.

وروى ابن أبي شيبة (٢٤٦٢٦) وابن سعد (٧/ ١٦) من طريق عيينه بن عبد الرحمن عن أبيه: كان لأبي بكرة مطرف خز، سداه حرير، فكان يلبسه.

وروى ابن سعد (٣/ ٥٨) من طريق محمد بن ربيعة بن الحارث: رأيت على عثمان مطرف خز ثمنه مائتي درهم. ومن طريق ثابت البناني: أن عائذ بن عمرو كان يلبس الخز.

وروى إسحاق في «مسنده» عن الفضل بن موسى عن الجعيد: رأيت السائب بن يزيد وكان عليه كساه خز وجبة خز وقطيفة خز ملتحفًا بها عليه، ومن طريق فطر بن خليفة: رأيت على عمرو بن حريث مطرف خز.

وروى النسائي في «الكنى» من رواية أبي بلج جارية بن بلج: رأيت لُبَي بن لَبَا صاحب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعليه مطرف خز.

وروى الطبراني في «مسند الشاميين» (١٣) من طريق إبراهيم ابن أبي عبلة: رأيت أبا أبيّ بن أم حرام وعليه كساه خز. ومن طريق إبراهيم أيضًا (٢): رأيت رجلًا من الصحابة يقال له الأفطس، فرأيت عليه=

الأمرَين، وهو اللُّحمةُ، وجُعِلت حَكَمًا في الإباحة والتَّحريمِ.

قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أكرَهُ ثَوبَ القزِّ يكونُ بينَ الفَرْوِ والظِّهارةِ، ولا أَرى بحَشو القزِّ بأسًا؛ لأن الثَّوبَ إذا كان بينَ الثَّوبَين فهو مَلبوسٌ، ولُبسُ الحَريرِ[1] لا يَجوزُ للرِّجال، فأما الحشوُ: فليس بمَلبوسٍ، فلا يُكرَهُ.

وما كان لُحمتُه حَريرًا وسَداه غيرَ حَريرٍ، كالقُطنيّ: لا بأسَ به في الحَرب؛ لضَرورة دفعِ السِّلاحِ، ويُكرَهُ في غَيره؛ لأن الاعتبارَ للُّحمة، ولا ضَرورةَ.

ولم يَتحلَّ بذَهَبٍ وفِضّةٍ، إلا بخاتَمٍ، ومِنطَقةٍ[2]، وحِليةِ سَيفٍ.. من فِضّةٍ، ومِسمارِ ذَهَبٍ بحَجَر[3] فَصٍّ، وشدِّ سِنٍّ بفِضّةٍ، لا ذَهَبٍ[م].

ولا يَجوزُ للرِّجال التَّحلِّي بالذَّهَب؛ لِما رَوَينا[4]، ولا بالفِضّة؛ لأنها في مَعناه، إلا بالخاتَم والمِنطَقةِ وحِليةِ السَّيفِ من الفِضّة، فقد كان للنَّبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خاتَمُ فِضّةٍ

= ثوب خز.

وروى أبو داود (٤٠٣٨) من طريق سعد الدشتكي: رأيت رجلًا ببخارى على بغلة بيضاء عليه عمامة خز سوداء، وقال: كسانيها رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

تنبيه: روى أبو داود (٤٠٣٩) من حديث أبي مالك أو أبي عامر الأشعري رفعه: «ليكونن في أمتي أقوام يستحلون الخز والحرير» وعلقه البخاري من وجه آخر. واختلف في ضبط هذا اللفظ، فقيل بالحاء والراء المهملتين، أي الفرج، والمراد به الإشارة إلى تحريم الزنى، والآخر بالخاء والزاء المعجمتين، وهو يعارض المذكور هنا، لكن الأول هو الصواب، قاله عبد الحق. انتهى.

(١) في (أ): الخز.

(٢) المنطقة: الحزام. «مختار الصحاح» ص٣١٣.

(٣) في (م) و(ع): لحجر.

(٤) من حديث: «هذان حرامان على ذكور أمتي، حِلٌّ لإناثهم».

فَصُّه منه[١]، ونقشُ خاتَمِه: (محمدٌ رَسولُ اللهِ)[٢] عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ.

وقال بعضُ النّاسِ: لا بأسَ بالتَّختُّم بالذَّهَب؛ لِما رَوى البَراءُ بنُ عازِبٍ: أنه لَبِس خاتَمَ ذهَبٍ وقال: كَسانيه رَسولُ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال لي: «البَس ما كَساكَ اللهُ ورَسولُه»[٣].

ولأن النَّهيَ عن استِعمال الفِضّةِ والذَّهَبِ سَواءٌ[٤]، فلما حَلَّ التَّحلِّي بالفِضّة لِقِلّته[٥]، ولكَونه نَموذَجًا، وجُعِل كالعَلَم في الثَّوب.. فكذا في الآخَر.

---

(١) روى البخاري (٥٨٧٠) عن معتمر قال: سمعت حميدًا يحدث عن أنس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان خاتمه من فضة، وكان فصه منه. وقال يحيى بن أيوب: حدثني حميد: سمع أنسًا عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(٢) روى البخاري (٥٨٦٦) عن ابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اتخذ خاتمًا من ذهب أو فضة، وجعل فصه مما يلي كفه، ونقش فيه: محمد رسول الله، فاتخذ الناس مثله، فلما رآهم قد اتخذوها رمى به وقال: «لا ألبسه أبدًا»، ثم اتخذ خاتمًا من فضة، فاتخذ الناس خواتيم الفضة، قال ابن عمر: فلبس الخاتم بعد النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أبو بكر، ثم عمر، ثم عثمان، حتى وقع من عثمان في بئر أريس. وروى مثل ذلك مسلم (٢٠٩١ و٢٠٩٢).

(٣) روى الإمام أحمد (١٨٦٠٢) وأبو يعلى (١٧٠٨) والطحاوي في «معاني الآثار» (٦٧٥٢) واللفظ للأول: عن محمد بن مالك قال: رأيت على البراء خاتمًا من ذهب، وكان الناس يقولون له: لم تَخَتَّمُ بالذهب وقد نهى عنه النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال البراء: بينا نحن عند رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وبين يديه غنيمة يقسمها، سبيٌ وخُرْثِيٌّ، قال: فقسمها حتى بقي هذا الخاتم، فرفع طرفه فنظر إلى أصحابه ثم خفض، ثم رفع طرفه فنظر إليهم ثم خفض، ثم رفع طرفه فنظر إليهم، ثم قال: «أيْ براء!»، فجئته حتى قعدت بين يديه، فأخذ الخاتم فقبض على كُرْسُوعي ثم قال: «خذِ البَس ما كساك الله ورسوله»، قال: وكان البراء يقول: كيف تأمروني أن أضع ما قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البس ما كساك الله ورسوله»؟

(٤) تقدم تخريج النهي.

(٥) كما تقدم تخريج الجواز ولبس النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ له.

ولنا: ما رُوِي عن عليٍّ وابنِ مَسعودٍ وأبي هُرَيرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن ذلك(١).

ولأن الأصلَ هو التَّحريمُ، والإباحةُ لضَرورة الختمِ والنَّموذَجِ، وقد زالت بالفِضّة؛ لأنهما من جِنسٍ واحِدٍ، فبَقِي الذَّهَبُ على حُكم التَّحريمِ.

وما رَوَوا(٢) مَنسوخٌ(٣)، أو تَأويلُه: أن يَكونَ فَصُّه(٤) مُركَّبًا بالذَّهب، أو يَكونَ مُذهَّبًا، وإنما العِبرةُ بالحَلْقة؛ فإليها تكونُ النِّسبةُ في الحُكم والشَّريعةِ، وقِوامُ الخاتَمِ بها.

ولا مُعتبَرَ بالفَصّ، حتى يَجوزُ أن يَكونَ من حَجَرٍ.

ويَجعَلُ الفَصَّ إلى باطِنِ كفِّه؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَعَل كذلك(٥)، بخِلاف النِّساءِ؛ حيث يَجوزُ لهنَّ جعلُ الفَصِّ إلى ظَهر الكفِّ؛ لأن التَّزيُّنَ لهنَّ مُباحٌ.

وفي «الجامِع الصَّغيرِ»: لا تَتختَّمُ إلا بالفِضّة.

وهذا نَصٌّ على أن التَّختُّمَ بالحَجَر، واليَشْبِ(٦)، والحَديدِ، والصُّفرِ: حَرامٌ، ورَأى

---

(١) تقدم تخريج ذلك عند حديث: «هذا حرامان...»، وانظر توسع الزيلعي في تخريج هذا في «نصب الراية» ٤/ ٢٢٢.

(٢) من حديث: «البس ما كسالك الله ورسوله» صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ..

(٣) بما تقدم من هذه الأحاديث.

(٤) في (ب) و(هـ): فضة.

(٥) روى البخاري (٦٦٥١) ومسلم (٢٠٩١) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اصطنع خاتمًا من ذهب، وكان يلبسه، فيجعل فصه في باطن كفه، فصنع الناس خواتيم، ثم إنه جلس على المنبر فنزعه، فقال: «إني كنت ألبس هذا الخاتم، وأجعل فصه من داخل»، فرمى به ثم قال: «والله لا ألبسه أبدًا»، فنبذ الناس خواتيمهم.

(٦) في حاشية (ج): (وفي القانون (يشف) بالفاء، وفي بعض النسخ: (يشم) بالميم، أما بتحريك=

النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على رَجُلٍ خاتَمَ صُفرٍ فقال: «ما لي أجِدُ منك رِيحَ الأصنامِ»، فأمَره فرَمى به[1]، ورَأى على رَجُلٍ خاتَمَ حَديدٍ فقال: «ما لي أَرى عليك حِليةَ أهلِ النّارِ»، فأمَره فرَمى به[2].

وعن ابن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن رَجُلًا جَلَس إلى النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعليه خاتَمُ ذهَبٍ، فأعرَض عنه، فقام ثم عاد وعليه خاتَمُ حَديدٍ، فقال النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هذا أشَرُّ منه، هذه حِليةُ أهلِ النّارِ»[3].

ومن النّاس من أطلَق اليَشْبَ، وإليه مال شمسُ الأئمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ، فإنه قال: والأصَحُّ: أنه لا بأسَ به، كالعَقيق؛ فإنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يَتختَّمُ بالعَقيق[4]،

=الشين خطأ يعني (يَشَبُ). علامة).

واليشب: حجر، إلى الصفرة، يُتخذ منه خاتَم، ويُجعل في حِمالة السيف. «المغرب» ص٥١٢.

(١) انظر التخريج الآتي.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٣٤: أخرج أبو داود (٤٢٢٣) والترمذي (١٧٨٥) والنسائي (٥١٩٥)، قالوا: جاء رجل إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعليه خاتم من حديد، فقال: «ما لي أرى عليك حلية أهل النار»، ثم جاءه وعليه خاتم من شَبَهٍ، فقال: «ما لي أجد منك ريح الأصنام»، فقال: يا رسول الله! من أي شيء أتخذه؟ قال: «اتخذه من وَرِقٍ، ولا تتمَّه مثقالًا»....

وقوله في الكتاب: ورأى على آخر: ليس كذلك، بل هو رجل واحد، كما هو في الحديث.

(٣) روى الإمام أحمد (٦٦٨٠) والبخاري في «الأدب المفرد» (١٠٢١) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رأى على بعض أصحابه خاتمًا من ذهب، فأعرض عنه، فألقاه واتخذ خاتمًا من حديد، فقال: «هذا أشر، هذا حلية أهل النار»، فألقاه، واتخذ خاتمًا من ورق، فسكت عنه. وروى الإمام أحمد (٦٩٧٧) عن عبد الله بن عمرو بن العاص: أنه لبس خاتمًا من ذهب، فنظر إليه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، كأنه كرهه، فطرحه، ثم لبس خاتمًا من حديد، فقال: «هذا أخبث وأخبث»، فطرحه، ثم لبس خاتمًا من ورق، فسكت عنه.

(٤) روى مسلم (٢٠٩٤) عن أنس بن مالك قال: كان خاتم رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من وَرِقٍ، =

وقال: «تَختَّموا بالعَقيق فإنه مُبارَكٌ»[1]، ولأنه ليس بحجَرٍ؛ إذ ليس له ثِقَلُ الحجَرِ.

ولنا: أنه يُتخَذُ منه الأصنامُ، فأشبَه الصُّفرَ الذي هو مَنصوصٌ مَعلولٌ بالنَّصّ.

وإنما يَتختَّمُ القاضِي والسُّلطانُ: لحَاجتهما إلى الخَتم، فأما غيرُهما: فالأفضَلُ تركُه؛ لعَدَم الحاجةِ إليه.

ولا بأسَ بمِسمار الذَّهَبِ يُجعَلُ في جُحْر[2] الفصِّ، أي في ثَقْبه؛ لأنه مُغيَّبٌ، فجُعِل تَبَعًا للفِضّة، كالعَلَم في الثَّوب.

ومن تَحرَّكَ سِنُّه يَشُدُّها بالفِضّة لا بالذَّهَب، وهذا عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا بأسَ بالذَّهَب أيضًا، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

احتَجَّ محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ بما رُوِي عن عَرفَجةَ بنِ أسعَدَ أنه أُصِيب أنفُه يومَ الكُلابِ[3]، فاتَّخَذ أنفًا من ورَقٍ، فأنتَن، فأمَره النَّبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ بأن يَتَّخِذَ أنفًا من ذهَبٍ[4]، ولأن

=وكان فصه حبشيًّا. وقال النووي ١٤/ ٧١: قال العلماء: يعني حجرًا حبشيًّا، أي فَصًّا من جزع أو عقيق، فإن معدنهما بالحبشة واليمن.

(١) رواه ابن عدي في «الكامل» ٨/ ٤٦٩، والبيهقي في «الشعب» (٥٩٤١) وانظر رسالة «التعليق الرشيق في التختم بالعقيق» للشيخ إبراهيم الناجي رَحِمَهُٱللَّهُتَعَالَىٰ، وفيها جمع لما ورد في هذا الموضوع والكلام عليه من الناحية الحديثية.

(٢) في (هـ) و(ز): حجر.

(٣) قال الخطابي في «معالم السنن» ٤/ ٢١٥: يوم الكلاب يوم معروف من أيام الجاهلية، ووقعة مذكورة من وقائعهم.

(٤) رواه الإمام أحمد (١٩٠٠٦)، وأبو داود (٤٢٣٢)، والترمذي (١٧٧٠)، والنسائي (٥١٦١).

الذَّهَبَ والفِضَّةَ استَويا في حُرمة الاستِعمالِ، فإذا حَلَّ التَّضبيبُ بالفِضّة وَجَب أن يَحِلَّ بالذَّهَب.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أن استِعمالَ الذَّهَبِ والفِضّةِ حَرامٌ إلا عندَ الضَّرورةِ، وقد زالت بالأدنى، وهو الفِضّةُ، فلم يَحِلَّ ما لا ضَرورةَ فيه.

وأما الحَديثُ: فذلك في الأَنف، ومَسألةُ الأنفِ على الاتِّفاق إذا أنتَن أو خِيف ذلك، ولا تَخلو الفِضّةُ عن ذلك، فأما تَضبيبُ الأسنانِ: فخالٍ عن هذا العُذرِ.

وما قاله من القِياس يَبطُلُ بالتَّختُّم؛ فإنه يَحِلُّ التَّختُّمُ بالفِضّة للرِّجال دونَ الذَّهَبِ.

وكُرِه إلباسُ ذَهَبٍ وحَريرٍ صَبِيًّا.

ويُكرَهُ إلباسُ الذَّهَبِ والحَريرِ الذُّكورَ من الصِّبيان؛ لأن النَّصَّ جَعَل لُبسَهما حَرامًا على الذُّكور، فكان الإلباسُ حَرامًا، كشُرب الخمرِ لَمّا كان حَرامًا كان سقيُها الصَّبيَّ حَرامًا.

لا خِرقةٌ لوُضوءٍ، ومُخاطٍ، ورَتَمٌ[1].

ولا بأسَ بخِرقة الوُضوءِ والْمُخاطِ[2]، وفي «الجامعِ الصَّغيرِ»: تُكرَهُ الخِرقةُ التي تُحمَلُ ليَمسَحَ بها العرَقَ؛ لأنها بِدعةٌ مُحدَثةٌ، وتَشبُّهٌ بزِيِّ الأعاجِمِ، ولم يكن رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَفعَلُ ذلك[3]، ولا أحدٌ من الصَّحابة والتّابِعين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وإنما يَتمسَّحون بأطراف أردِيَتِهم[4].

---

(١) الرتم: خيط التذكر، يعقد بالإصبع، وكذلك الرتمة. «المغرب» ص١٨٣.

(٢) في (ز): الوضوء والعرق والمخاط.

(٣) هذا مما يعلم بالاستقراء.

(٤) روى البخاري (٧٣٢٤) عن أيوب عن محمد قال: كنا عند أبي هريرة وعليه ثوبان مُمَشَّقان=

والصَّحيحُ: أنه لا يُكرَهُ؛ لأن الْمُسلِمين قد استعَملوا في عامّة البُلدانِ مَناديلَ الوُضوءِ[1] والخِرَقَ لدَفع الأذى، وما رَآه الْمُسلِمون حسَنًا فهو عندَ اللهِ حسَنٌ، وقد جاء في الحَديث: أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ كان يَمسَحُ وَضوءَه بالخِرقة في بَعض الأوقاتِ[2].

وحاصِلُه: أن من فَعَل شيئًا من ذلك تكبُّرًا فهو مَكروهٌ، ومن فَعَل ذلك لحاجةٍ وضَرورةٍ لم يُكرَه.

= من كَتان، فتمخط فقال: بخٍ بخٍ، أبو هريرة يتمخط في الكتان، لقد رأيتني وإني لأخِرّ فيما بين منبر رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى حجرة عائشة مغشيًّا علي، فيجيء الجائي فيضع رجله على عنقي، ويرى أني مجنون، وما بي من جنون، ما بي إلا الجوع.

(١) في (أ) و(ج): العضو.

(٢) روى الترمذي (٥٤) عن معاذ بن جبل قال: رأيت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا توضأ مسح وجهه بطرف ثوبه. قال الترمذي: حديث غريب، وإسناده ضعيف، ورشدين بن سعد وعبد الرحمن بن زياد يضعفان في الحديث. وأخرجه البيهقي (١١٢٠) وقال: إسناده ليس بالقوي.

وروى الترمذي أيضًا (٥٣) عن عائشة قالت: كان لرسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خرقة ينشف فيها بعد الوضوء. قال الترمذي: حديث عائشة ليس بالقائم، ولا يصح في هذا الباب شيء، وأبو معاذ.. يقولون: إنه سليمان بن أرقم، وهو ضعيف عند أهل الحديث. انتهى.

وروى ابن ماجه (٤٦٨) عن سلمان الفارسي: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ توضأ، فقلب جبة صوف كانت عليه فمسح بها وجهه. وانظر «نصب الراية» ١/ ١٠١.

وروى البيهقي (٨٨٠) عن أنس: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان له منديل أو خرقة، فإذا توضأ مسح وجهه.

قلت: ولعل قول المصنف: (في بعض الأوقات) احتراز عما ورد من ردّ الخرقة بعد الوضوء، كما روى البخاري (٢٧٤) عن ميمونة قالت: وضع رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وضوءًا لجنابة، فأكفأ بيمينه على شماله مرتين أو ثلاثًا، ثم غسل فرجه، ثم ضرب يده بالأرض أو الحائط، مرتين أو ثلاثًا، ثم مضمض واستنشق، وغسل وجهه وذراعيه، ثم أفاض على رأسه الماء، ثم غسل جسده، ثم تنحى فغسل رجليه. قالت: فأتيته بخرقة فلم يُرِدْها، فجعل ينفض بيده.

ونَظيرُه: التَّربُّعُ في الجُلوس، والاتّكاءُ، فإن فَعَله تكبُّرًا ونحوَه: يُكرَهُ، وإن فَعَله لحاجةٍ وضَرورةٍ: فلا يُكرَهُ.

ولا بأسَ بأن يَربِطَ في إصبَعه أو خاتَمِه الخيطَ للحاجة، ويُسمّى الرَّتَمَ، وهو من عادة العرَبِ، قال[1]:

لا يَنفَعَنْك اليومَ إن هَمَّتْ[2] بهم ... كَثرةُ ما تُوصِي وتَعقادُ الرَّتَمْ

ورُوِي أن النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمَر بعضَ أصحابِه بذلك[3].

ولأنه لو كُرِه فإنما يُكرَه لكَونه عبَثًا، وقد تَعلَّق به غرَضٌ صَحيحٌ، وهو التَّذكُّرُ عندَ النِّسيانِ، فلا يَكونُ عبَثًا.

(١) في (هـ): قال الشاعر شعر.

(٢) في (ب) و(د): همتك، وفي (هـ): بهت.

(٣) قال العيني في «البناية» ١٢/ ١٢٦: لم يثبت أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر بذلك، ولكنه قد روي فيه أحاديث كلها ضعيفة، منها: ما رواه أبو يعلى الموصلي في «مسنده» ... عن ابن عمر: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان إذا أشفق من الحاجة أن ينساها ربط في إصبعه خيطًا ليذكرها، ورواه ابن عدي في «الكامل» (٤/ ٣٧١)، والعقيلي في «الضعفاء» (٢/ ١٥٢) ... وقال ابن أبي حاتم في «علله»: سألت أبي عن هذا الحديث قال: حديث باطل، وسالم هذا ضعيف وهذا منه. إلى آخر ما ذكره وعلله، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٣٨.

الفَصْلُ الثَّالِثُ
فِي النَّظَرِ والمَسِّ والوَطْءِ

اعلَم أن مَسائلَ النَّظَرِ أربَعةُ أقسامٍ:

نظَرُ الرَّجُلِ إلى الرَّجُل، والْمَرأةِ إلى الْمَرأة، والْمَرأةِ إلى الرَّجُل، والرَّجُلِ إلى الْمَرأة.

أما نظَرُ الرَّجُلِ إلى الْمَرأة: فأربَعةُ فُصولٍ:

نظَرُ الرَّجُلِ إلى زَوجته ومَملوكتِه، وإلى ذَوات مَحارِمِه، وإلى إِماء الغيرِ، وإلى الحُرّة الأجنبيّةِ.

فبَدَأنا بالفَصل الآخِرِ.

ولا يَنظُرُ إلى غَير وجهِ حُرّةٍ وكَفَّيها.

ولا يَجوزُ أن يَنظُرَ الرَّجُلُ إلى الحُرّة الأجنبيّةِ إلا إلى وَجهها وكَفَّيها؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١]، قال عليٌّ وابنُ عبّاسٍ رَضِوَاللَّهُعَنْهُمْ: ﴿مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾: الكُحلُ والخاتَمُ[١]، أي مَوضِعُهما، وهو الوجهُ والكفُّ.

وكذا الْمُرادُ بالزِّينة الْمَذكورةِ: مَوضِعُها؛ إطلاقًا لاسم الحالِّ على المحَلِّ فيهما.

---

(١) روى هذا التفسير الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٧٢١٤)، والبيهقي (٣٢١٥) عن ابن عباس رَضِوَاللَّهُعَنْهُمَا. ورواه ابن أبي الدنيا في «النفقة على العيال» (٤٠٦) عن ابن جبير.

قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٣٩: وأما الرواية عن علي فغريب.

ولأنها تَحتاجُ إلى إبداء وجهِها في الْمُعامَلة مع الرِّجالِ، وإلى إبداء كفِّها[١] في الأَخذ والإعطاءِ، ومَواضِعُ الضَّرورةِ مُستثناةٌ عن قَواعِد الشَّرعِ.

وهذا تَنصيصٌ على أنه لا يُباحُ النَّظَرُ إلى قَدَمها، ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه يُباحُ النَّظَرُ إلى قَدَمها أيضًا، وهكذا ذَكَره الطَّحاويُّ رَحِمَهُٱللَّهُ، لأنها تَحتاجُ إلى إبداء قدَمَيها إذا مَشَت حافِيَةً أو مُتنعِّلةً، وربما لا تَجِدُ الخُفَّ في كلِّ وقتٍ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: أنه يُباحُ النَّظَرُ إلى ذِراعِها[٢] أيضًا؛ لأنها في الخَبزِ والطَّبخِ[٣] وغَسلِ الثِّيابِ تُضطَرُّ إلى إبداء ذِراعِها[٤].

وإن اشتَهى لا يَنظُرُ إلى وَجهها إلا قاضٍ، وشاهِدٌ، وخاطِبٌ.

وهذا إذا لم يكن النَّظَرُ عن شَهوةٍ، فإن كان يَعلَمُ أنه إن نَظَر اشتَهى: لم يَحِلَّ النَّظَرُ إلى شيءٍ منها؛ لقَوله عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «من نَظَر إلى مَحاسِن أجنبيّةٍ[٥] عن شَهوةٍ صُبَّ في عَينَيه الآنُكُ[٦] يومَ القِيامةِ»[٧].

وكذا لا يُباحُ النَّظَرُ إذا شَكَّ في الاشتِهاء، أو كان أكبَرُ[٨] رأيِه ذلك.. احتِياطًا.

(١) في (هـ): كفيها.

(٢) في (ب) و(هـ): ذراعيها.

(٣) في (هـ): والطحن.

(٤) في (هـ): ذراعيها.

(٥) في (هـ): المرأة الأجنبية.

(٦) الآنُك: وِزان أَفْلُس، هو الرصاص الخالص، ويقال: الرصاص الأسود. «المصباح» ١/ ٢٦.

(٧) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٤٠: غريب، والمعروف: «من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون، صُب في أذنه الآنُك يومَ القيامة»، أخرجه البخاري في «صحيحه» (٧٠٤٢).

(٨) في (ب) و(د): أكثر.

ولا يَحِلُّ له أن يَمَسَّ وجهَها ولا كفَّها[1] وإن كان يَأمَنُ الشَّهوةَ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من مَسَّ كفَّ[2] امرَأةٍ ليس منها بسَبيلٍ: وُضِع في كفِّه جَمرةٌ يومَ القِيامةِ حتى يُفصَلَ بينَ الخَلائقِ»[3].

ولأن حُكمَ المسِّ أغلَظُ، حتى يَفسُدُ الصَّومُ بالمسِّ عن شَهوةٍ إذا اتَّصل به الإنزالُ، ولا يَفسُدُ بالنَّظَر، فالرُّخصةُ في النَّظَر لا تكونُ دَليلَ الرُّخصةِ في المسّ، مع أن البَلوى في المسِّ أقَلُّ من النَّظَر.

وهذا إذا كانت شابّةً تُشتَهى، فإن كانت عَجوزًا لا تُشتَهى فلا بأسَ بمُصافَحتها ومسِّ يدِها؛ لأن الحُرمةَ لخَوف الفِتنةِ، وهو مَعدومٌ.

وقد رُوِي أن أبا بكرٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ كان في خِلافته يَخرُجُ إلى بَعض القَبائلِ الذي كان مُسترضَعًا فيهم، وكان يُصافِحُ العَجائزَ[4]، ولَمّا مَرِض ابنُ الزُّبَيرِ بمَكّةَ استأجَر عَجوزًا لتُمرِّضَه، فكانت تَغمِزُ رِجلَه وتَفْلي رأسَه[5].

وكذا إذا كان شيخًا يَأمَنُ على نَفسه وعليها: فلا بأسَ بأن يُصافِحَها، فإن كان لا يَأمَنُ عليها أن تَشتهيَ لم يَحِلَّ له أن يُصافِحَها؛ لأن فيه تَعريضًا للفِتنة.

والصَّغيرةُ إذا كانت لا تُشتهى يُباحُ مسُّها والنَّظَرُ إليها؛ لأنه ليس لبَدَنها حُكمُ العَورةِ، ولا في النَّظَر والمسِّ خوفُ الفِتنةِ.

---

(١) في (د) و(ز): كفيها.

(٢) مثبتة من (أ) و(ز).

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٤٠: غريب.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٤٠: غريب أيضًا.

(٥) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٤٠: غريب أيضًا.

ويَجوزُ للقاضِي إذا أَراد أن يَحكُمَ عليها، وللشّاهِد إذا أَراد الشهادة عليها.. النَّظرُ إلى وَجهها، وإن خاف أن يَشتهيَ؛ لأنه لا يَجِدُ بُدًّا من النَّظَر في هذا الْمَوضِعِ؛ لأنه يَحتاجُ إلى إحياء حُقوقِ النّاسِ بالقَضاء وأداءِ الشَّهادةِ، والضَّروراتُ تُبيحُ الْمَحظوراتِ.

ولكن عندَ النَّظَرِ يَنبَغي أن يَقصِدَ أداءَ الشَّهادةِ أو الحُكمَ عليها، ولا يَقصِدَ قَضاءَ الشَّهوةِ؛ لأنه إن لم يُمكِنه التَّحرُّزُ فِعلًا فقد أمكَنه التَّحرُّزُ نِيّةً، فصار كمَسألة التَّترُّسِ بصِبيان الْمُسلِمين.

واختَلَفوا فيما إذا دُعِي إلى تَحمُّل الشَّهادةِ عليها وهو يَعلَمُ أنه إن نَظَر إليها اشتَهاها، فمنهم من جَوَّز له ذلك أيضًا بشَرط أن يَقصِدَ تَحمُّلَ الشَّهادةِ لا قَضاءَ الشَّهوةِ؛ ألا تَرى أن شُهودَ الزِّنى لهم أن يَنظُروا إلى مَوضِع العَورةِ على قَصد تَحمُّلِ الشَّهادةِ.

والأَصَحُّ: أنه لا يَحِلُّ له ذلك؛ لأنه لا ضَرورةَ عندَ التَّحمُّلِ، فقد يُوجَدُ من لا يَشتَهي ليَتحمَّلَ الشَّهادةَ، بخِلاف حالةِ الأداءِ؛ فقد التَزَم هذه الأمانةِ بالتَّحمُّل، وهو مُتعيِّنٌ لأَدائها.

وكذا إذا أَراد أن يَتزوَّجَها فلا بأسَ بأن يَنظُرَ إليها، وإن كان يَعلَمُ أنه يَشتَهيها؛ لِما رُوِي أن النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال للمُغيرة لَمّا أَراد أن يَتزوَّجَ امرأةً[١]: «أبصِرْها؛ فإنه أَحرى أن يُؤدَمَ بينكما»[٢].

وكان محمدُ بنُ مَسلَمةَ[٣] رَحِمَهُ اللَّهُ..............................

---

(١) في (أ) و(ب) و(د): إذا أراد أن يتزوج امرأة، وفي (ج): (إذا أردت أن تتزوج امرأة)، والمثبت من (ز).

(٢) رواه الإمام أحمد (١٨١٥٤)، والترمذي (١٠٨٧)، والنسائي (٣٢٣٥)، وابن ماجه (١٨٦٥).

(٣) في (ب) و(د) و(هـ): سلمة.

يُطالِعُ بُثَينةَ تحتَ إجّارٍ[1] لها[2]، فقِيل له: أتَفعَلُ هذا وأنت صاحِبُ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟! فقال: سَمِعتُ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقولُ: «إذا أَلقى اللهُ تَعالى خِطبةَ امرَأةٍ في قَلب رَجُلٍ أحَلَّ له النَّظَرَ إليها»[3].

---

(١) الإِجَّار: السطح. «المختار» ص١٣.

(٢) في (ز): إجار سطح لها.

(٣) قال في «الدراية» ٢/ ٢٢٦: حديث محمد بن مسلمة: أخرجه ابن ماجه (١٨٦٤) وأحمد (١٧٩٧٦) وإسحاق والطيالسي (١٢٨٢) وابن أبي شيبة (١٧٣٩٠) وعبد الرزاق (١٠٣٣٨) وابن حبان (٤٠٤٢) والحاكم (٥٨٣٩) من طريق محمد بن سليمان بن أبي حثمة عن محمد بلفظ: «إذا ألقى الله تعالى في قلب امرئ منكم خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها»، وفيه قصة لمحمد بن مسلمة، وسمى أحمد وابن أبي شيبة المرأة التي خطبها محمد بثينةَ بنت الضحاك، وأبهمت في رواية الحاكم وغيره. انتهى.

والقصة هي ما ذكره المصنف هنا، ووردت في الروايات المذكورة، كلفظ ابن حبان: عن سليمان بن أبي حثمة قال: رأيت محمد بن مسلمة يطارد ابنة الضحاك على إنجار من أناجير المدينة يبصرها، فقلت له: أتفعل هذا وأنت صاحب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟! قال: نعم سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «إذا ألقى الله في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها».

قال في «النهاية» ١/ ٢٦: الإجار -بالكسر والتشديد-: السطح الذي ليس حواليه ما يرد الساقط عنه، ومنه حديث محمد بن مسلمة: فإذا جارية من الأنصار على إجار لهم، والإنجار بالنون: لغة فيه، والجمع الأجاجير والأناجير.

وقال الدارقطني في «العلل» ١٤/ ١٤: واختلفوا في اسم المرأة التي كان يطاردها محمد بن مسلمة، في حديث إبراهيم بن صرمة عن يحيى بن سعيد، أنها نبيتة بالنون، وفي حديث أبي معاوية الضرير بثينة بنت الضحاك، وكلاهما وهم.

والصواب ما ذكره الآخرون، أنها ثبيتة بنت الضحاك، وهي أخت أبي جبيرة بن الضحاك، وأخت ثابت بن الضحاك، وقول حماد بن سلمة: بنت الضحاك بن قيس: وهم. انتهى.

قلت: وممن ذكرها باسم (لبيتة): الإمام أحمد (١٧٩٧٦) وابن أبي شيبة (١٧٣٩٤) وسعيد=

ولأن مَقصودَه إقامةُ السُّنّةِ لا قَضاءُ الشَّهوةِ، فيُعتبَرُ ما هو الْمَقصودُ لا ما يَكونُ تَبَعًا.

ويَنظُرُ الطَّبيبُ إلى مَوضِع مَرَضِها.

ويَجوزُ للطَّبيب أن يَنظُرَ إلى مَوضِع المَرَضِ منها؛ للضَّرورة، ويَنبَغي أن يُعلِّمَ امرَأةً مُداواتَها؛ لأن نظَرَ الجِنسِ إلى الجِنس أخفُّ؛ ألا تَرى أن الْمَرأةَ تَغسِلُ الْمَرأةَ بعدَ موتِها دونَ الرَّجُلِ.

فإن لم يَجِدوا امرَأةً تُداوي تلك الْمَرأةَ، ولم يَقدِروا على امرَأةٍ تَعلَمُ ذلك إذا عُلِّمت، وخافُوا أن تَهلِكَ أو يُصيبَها بَلاءٌ أو وجَعٌ لا يُحتمَلُ: فلا بأسَ بأن يُستَرَ منها كلُّ شيءٍ سِوى مَوضِعِ المرَضِ، ثم يُداوِيَها رَجُلٌ.

ويَغُضُّ بصَرَه ما استَطاع إلا عن ذلك الْمَوضِعِ؛ لأن نظَرَ الجِنسِ إلى غَير الجِنسِ أغلَظُ، فكان الْمُعتبَرُ تَحقُّقَ الضَّرورةِ، وذلك لخَوف الهَلاكِ عليها، وعندَ ذلك لا يُباحُ إلا بقَدْر ما تَرتفِعُ به الضَّرورةُ، وصار كنَظَرِ الخافِضةِ والختّانِ[1].

وكذا يَنظُرُ الرَّجُلُ إلى مَوضِع الاحتِقانِ من الرَّجُل عندَ الحاجةِ إليه.

ويَجوزُ الاحتِقانُ للمَرَض، وكذا للهُزال الفاحِشِ إذا قِيل له: (إن الحُقنةَ تُزيلُ ما بك من الهُزال)، فلا بأسَ بأن يُبديَ ذلك الْمَوضِعَ للمُحتقِن على ما رُوِي عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وهذا صَحيحٌ؛ فإن الهُزالَ الفاحِشَ نوعُ مرَضٍ يَكونُ آخِرُه الدِّقُّ[2] والسِّلُّ.

=ابن منصور (٥١٩) والطبراني (٥٠٤) والطحاوي في «معاني الآثار» (٤٢٧٨) والبيهقي (١٣٤٩١).

(١) في (ب): والحقّان.

(٢) نوع من أنواع الحُمّى، وانظر «المختار» ص١٠٦.

والرَّجُلُ إلى كلِّ بَدَنِ الرَّجُلِ، إلا ما بينَ سُرّتِه(ف) ورُكبتِه(ف).

وأما نظرُ الرَّجُلِ إلى الرَّجُل:

فإنه يَجوزُ أن يَنظُرَ الرَّجُلُ إلى كلِّ بدَنِ الرَّجُلِ إلا إلى ما بينَ سُرّتِه إلى رُكبته؛ لحَديث عمرِو بنِ شُعَيبٍ عن أبِيه عن جدِّه: أن النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «عَورةُ الرَّجُلِ ما بينَ سُرّتِه إلى رُكبته»[1]، ....

(١) قال في «نصب الراية» ١/ ٢٩٦: فيه أحاديث: منها ما أخرجه الدارقطني في «سننه» (٨٨٧) عن سوار بن داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مروا صبيانكم بالصلاة في سبع سنين، واضربوهم عليها في عشر، وفرقوا بينهم في المضاجع، وإذا زوج أحدكم أمته عبده أو أجيره، فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة، فإن ما تحت السرة إلى الركبة من العورة».

ورواه أبو داود في «سننه» (٤٩٦)، لم يقل فيه: فإن ما تحت السرة إلى الركبة من العورة.

ورواه أحمد في «مسنده» (٦٧٥٦)، ولفظه: «فإن ما أسفل من سرته إلى ركبتيه من عورته»، ورواه العقيلي في «ضعفائه» (٢/ ١٦٧) وليَّن سوار بن داود، قال صاحب «التنقيح» (٢/ ١١٠): وسوار بن داود أبو حمزة البصري وثقه ابن معين وابن حبان، وقال أحمد: شيخ بصري لا بأس به. انتهى، وله طريق آخر عند ابن عدي في «الكامل» (٣/ ٥٠٧) أخرجه عن الخليل بن مرة عن ليث بن أبي سليم عن عمرو بن شعيب به، ولين الخليل بن مرة، ونقل عن البخاري أنه قال: فيه نظر، قال ابن عدي: وهو ممن يكتب حديثه، فإنه ليس بمنكر الحديث. انتهى.

حديث آخر أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٦٤١٨) في كتاب الفضائل عن أبي الأشعث أحمد بن المقدام ثنا أصرم بن حوشب ثنا إسحاق بن واصل الضبي عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين، قال: قلنا لعبد الله بن جعفر بن أبي طالب: حدثنا بما سمعته من رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولا تحدثنا عن غيرك وإن كان ثقة، قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «ما بين السرة والركبة عورة». مختصر، وسكت عنه، قال الذهبي في «مختصره»: أظنه موضوعًا، فإن إسحاق بن واصل متروك، وأصرم بن حوشب متهم بالكذب. انتهى. =

وفي رِوايةٍ: «ما دونَ سُرّتِه حتى يُجاوِزَ رُكبتَه»[1].

وبهذا تَبيَّن أن السُّرّةَ ليست من العَورة.

بخِلاف ما يَقولُه أبو عِصمةَ سعدُ بنُ مُعاذٍ الْمَروزيُّ والشّافعيُّ أنها عَورةٌ؛ لأنها محَلُّ الاشتِهاءِ.

ولنا: ما رُوِي عن ابن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه كان إذا ائتَزَر أَبدى عن سُرّته[2]، والتَّعامُلُ الظّاهرُ فيما بينَ النّاسِ أنهم إذا ائتَزروا في الحَمّامات أبدَوا عن السُّرّة بلا نكير مُنكِرٍ: دَليلٌ على أنها ليست بعَورةٍ.

والرُّكبةُ عَورةٌ، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الرُّكبةُ من العَورة»[3]، ولأن الرُّكبةَ مُلتقى عظمِ السّاقِ والفَخِذِ، وعظمُ الفَخِذِ عَورةٌ، وعظمُ السّاقِ ليس بعَورةٍ، فقد اجتَمَع في الرُّكبة الْمَعنى الْمُوجِبُ لكَونها عَورةً وكونِها غيرَ عَورةٍ،

= حديث آخر أخرجه الدارقطني في «سننه» (٨٩٠) عن سعيد بن راشد عن عباد بن كثير عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي أيوب قال: سمعت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «ما فوق الركبتين من العورة، وما أسفل السرة من العورة». انتهى.

(١) قال في «نصب الراية» ١/ ٢٩٧: قوله: يروى: «ما دون سرته حتى يجاوز ركبتيه»: غريب. انتهى، وقال في «الدراية» ١/ ١٢٢: لم أجده، لكن سيجيء في الذي بعده بعضه. انتهى، وهو قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الركبة من العورة».

(٢) رواه الإمام محمد في «الأصل» ٢/ ٢٣٧ بلاغًا، وذكره الكاساني في «البدائع» ٥/ ١٢٤ عن عمر رضي الله تعالى عنه.

وروى الإمام محمد في «الأصل» ٢/ ٢٣٧ وابن أبي شيبة (٢٤٨٥٣) واللفظ للأول: عن قدامة بن موسى عن أبيه قال: صليت إلى جانب ابن عمر، وكنت فتى من الفتيان، أتّزر على صدري كما يتزر الفتيان، فأدخل ابن عمر إصبعه فحط إزاري حتى أبدى السرة، ثم قال: هكذا فاتزر يا بن أخي.

(٣) رواه الدارقطني (٨٨٩)، وانظر «نصب الراية» ١/ ٢٩٧.

فتَرجَّح الْمُوجِبُ لكَونها عَورةً احتِياطًا؛ تَرجيحًا للمُحرِّم.

والفَخِذُ عَورةٌ، خِلافًا لأَصحاب الظَّواهِرِ، فإنهم يَقولُون: العَورةُ من الرَّجُل مَوضِعُ السَّوءةِ[1]، فأما الفَخِذُ: فليس بعَورةٍ؛ لِما رُوِي أن النَّبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ كان في حائِط رَجُلٍ من الأَنصار قد دَلَّى رُكبتَه في رَكِيَّةٍ، وهو مَكشوفُ الفَخِذِ، إذ دَخَل أبو بكرٍ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ فلَم يَتزحَزح، ثم دَخَل عمرُ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ فلم يَتزحَزح، ثم دَخَل عُثمانُ فزَحزَح[2] وغَطَّى فَخِذَه، فقِيل له في ذلك، فقال: «ألا أستَحيِي ممن تَستحيِي منه الْمَلائِكةُ؟!»[3]،

(١) في سوى (أ) و(ج): السرة.

(٢) في (ب) و(د) و(ز): فتزحزح.

(٣) روى الإمام أحمد (٢٥٢١٦) والطبراني (١٣٢٥٣) واللفظ له: عن عمر بن أبان عن أبيه قال: سمعت عبد الله بن عمر يقول: بينما رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ جالس وعائشة وراءه، إذ استأذن أبو بكر فدخل، ثم استأذن عمر فدخل، ثم سعد بن مالك فدخل، ثم استأذن عثمان بن عفان ورسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ يتحدث كاشفًا عن ركبته، فمد ثوبه على ركبته حين استأذن عثمان، وقال لامرأته: «استأخري»، فتحدثوا ساعة ثم خرجوا، فقالت عائشة: يا نبي الله! دخل أبي وأصحابه فلم تصلح ثوبك عن ركبتك، ولم تؤخرني عنك، فقال النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «يا عائشة ألا أستحيي من رجل تستحيي منه الملائكة، والذي نفس رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ بيده إن الملائكة لتستحيي من عثمان كما تستحيي من الله ورسوله، ولو دخل وأنت قريب مني لم يتحدث، ولم يرفع رأسه حتى تخرج».

ومما يشبه سياق المصنف وإن لم يكن فيه محل الشاهد: ما رواه البخاري (٧٠٩٧) ومسلم (٢٤٠٣) واللفظ للأول: عن أبي موسى الأشعري قال: خرج النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ يومًا إلى حائط من حوائط المدينة لحاجته، وخرجت في إثره، فلما دخل الحائط جلست على بابه، وقلت: لأكونن اليوم بواب النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ، ولم يأمرني، فذهب النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ وقضى حاجته، وجلس على قُفِّ البئر، فكشف عن ساقيه ودلاهما في البئر، فجاء أبو بكر يستأذن عليه ليدخل، فقلت: كما أنت حتى أستأذن لك، فوقف فجئت إلى النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ فقلت: يا نبي الله! أبو بكر يستأذن عليك، قال: «ائذن له وبشره بالجنة»، فدخل فجاء عن يمين النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ، فكشف عن ساقيه ودلاهما في البئر، =

فلو كان الفَخِذُ من العَورة لَمَا كَشَفها بينَ يَدَي أبي بكرٍ وعمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

ولنا: ما رَوَينا[١]، ورُوِي[٢] أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال لجُرهُدٍ: «وارِ فَخِذَك، أما عَلِمتَ أن الفَخِذَ عورةٌ؟!»[٣].

وما دونَ السُّرّةِ إلى مَنبِت الشَّعْرِ عَورةٌ في ظاهِر الرِّوايةِ، وكان أبو بكرٍ محمدُ بنُ الفضلِ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقولُ: من السُّرّة إلى مَوضِع نَباتِ الشَّعرِ ليس من العَورة؛ لتَعامُل العُمّالِ في الإبداء عن ذلك الْمَوضِعِ، وفي النُّزوع عن العادة الظّاهرةِ حرَجٌ.

قُلنا: التَّعامُل بخِلاف النَّصِّ لا يُعتبَرُ، وإنما يُعتبَرُ فيما لا نصَّ فيه، ثم حُكمُ العَورةِ في الرُّكبة أخفُّ منه في الفَخِذ، وفي الفَخِذ أخفُّ منه في السَّوءة[٤]، حتى إن من رَأى غيرَه مَكشوفَ الرُّكبةِ يُنكِرُ عليه برِفقٍ، ولا يُنازِعُه إن لَجّ، وإن رَآه مَكشوفَ الفَخِذِ أنكَر عليه

=فجاء عمر فقلت: كما أنت حتى أستأذن لك، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ائذن له وبشره بالجنة»، فجاء عن يسار النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فكشف عن ساقيه فدلاهما في البئر، فامتلأ القف، فلم يكن فيه مجلس، ثم جاء عثمان فقلت: كما أنت حتى أستأذن لك، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ائذن له وبشره بالجنة، معها بلاء يصيبه»، فدخل فلم يجد معهم مجلسًا، فتحول حتى جاء مقابلهم على شفة البئر، فكشف عن ساقيه ثم دلاهما في البئر، فجعلت أتمنى أخًا لي، وأدعو الله أن يأتي، قال ابن المسيب: فتأولت ذلك قبورهم، اجتمعت ههنا، وانفرد عثمان.

(١) من حديثي الركبة والفخذ.

(٢) سقطت من (ب) و(د) و(هـ).

(٣) رواه الإمام أحمد (١٥٩٣٢) بلفظ: «يا جرهد! غط فخذك، فإن -يا جرهد- الفخذَ عورة».

والطبراني (٢١٤٦) بلفظ: «غط فخذك يا جرهد فإن الفخذ عورة»، وهما في السنن بألفاظ قريبة.

وقال البخاري ١/ ٨٣: ويروى عن ابن عباس، وجرهد، ومحمد بن جحش، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الفخذ عورة».

(٤) في سوى (أ) و(ز): السرة.

بعُنفٍ، ولا يَضرِبُه إن لَجّ، وإن رَآه مَكشوفَ السَّوءةِ أمَره بسَتر العَورةِ، وأدَّبه على ذلك إن لَجّ.

وما يُباحُ النَّظَرُ إليه من الرَّجُل يُباحُ المسُّ؛ لأن ما ليس بعَورةٍ يَجوزُ مسُّه، كما يَجوزُ النَّظَرُ إليه.

والْمَرأةُ للرَّجُل والْمَرأةِ: كالرَّجُل للرَّجُل.

وأما نظَرُ الْمَرأةِ إلى الرَّجُل[1]:

فهو كنَظَر الرَّجُلِ إلى الرَّجُل؛ لأن السُّرّةَ وما فوقَها وما تحتَ الرُّكبةِ: ليس بعَورةٍ من الرَّجُل، وما لا يَكونُ عَورةً فالنَّظَرُ إليه مُباحٌ للرِّجال والنِّساءِ، كالثِّياب والدَّوابِّ ونحوِهما.

وأَشار في كِتاب الخُنثى إلى أن نظَرَ الْمَرأةِ إلى الرَّجُل كنَظَر الرَّجُلِ إلى ذَوات مَحارِمِه، حتى لا يُباحُ لها أن تَنظُرَ إلى ظَهره وبطنِه؛ لأن حُكمَ النَّظَرِ عندَ اختِلافِ الجِنسِ أغلَظُ.

وهذا إذا أُمِنت الشَّهوةُ، فإن كان في قَلبها شَهوةٌ، أو أكبَرُ[2] رأيِها أنها تَشتَهي، أو شَكَّت في ذلك: يُستحَبُّ لها أن تَغُضَّ بصَرَها.

ولو كان النّاظرُ هو الرَّجُلَ إليها، وهو بهذه الصِّفةِ: لم يَنظُر. وهذا يُشيرُ إلى التَّحريم.

والفرقُ: أن الشَّهوةَ غالِبةٌ عليهنّ، والغالِبُ كالْمُتحقِّق في الأَحكام، فإذا اشتَهى الرَّجُلُ تَحقَّقت الشَّهوةُ من الجانِبَين، ولا كذلك إذا اشتَهَت الْمَرأةُ؛ لأن الشَّهوةَ غيرُ مَوجودةٍ في جانِبِه حَقيقةً واعتِبارًا؛ لأنها لا تَغلِبُ على الرِّجال، فكانت الشَّهوةُ من

(١) في (هـ): المرأة.

(٢) في (ب) و(ز): أكثر.

جانِبٍ واحِدٍ، والشَّهوةُ من الجانِبَين أَفضى إلى الْمُحرَّم، فافترَقا.

وأما نظَرُ الْمَرأةِ إلى الْمَرأة:

فهو كنَظَر الرَّجُلِ إلى الرَّجُل أيضًا باعتِبار الْمُجانَسةِ وعدَمِ الشَّهوةِ غالِبًا، وقد تَحقَّقت الضَّرورةُ إلى الانكِشاف فيما بينَهنّ؛ ألا تَرى أن الْمَرأةَ تَغسِلُ الْمَرأةَ بعدَ موتِها كما يَغسِلُ الرَّجُلُ الرَّجُلَ.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن نظَرَ الْمَرأةِ إلى الْمَرأة كنَظَر الرَّجُلِ إلى ذَوات مَحارِمِه، حتى لا يُباحُ لها النَّظَرُ إلى ظَهرِها وبطنِها؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ نَهى النِّساءَ عن دُخول الحمّاماتِ بمِئزَرٍ وبغَير مِئزَرٍ[1].

والأوّلُ أصَحُّ؛ لأن الْمُرادَ به الأمرُ بمَنع النِّساءِ عن الخُروج، والقَرارِ في البُيوت، وبه نَقولُ.

والعُرفُ الظّاهرُ في جَميع البُلدانِ ببِناء الحمّاماتِ للنِّساء وتَمكينِهنَّ من الدُّخول فيها: دَليلٌ على صِحّة ما قُلنا، وحاجةُ النِّساءِ إلى دُخول الحمّاماتِ فوقَ حاجةِ الرِّجالِ؛ لأن الْمَقصودَ تَحصيلُ الزِّينةُ وإزالةُ الدَّرَنِ عن البدَن، وهنَّ إلى ذلك أحوَجُ، فالرَّجُلُ

---

(١) روى الإمام أحمد (٢٥٠٠٦) وأبو داود (٤٠٠٩) وابن ماجه (٣٧٤٩) عن عائشة: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن دخول الحمامات، ثم رخص للرجال أن يدخلوها في الميازر.

وروى الإمام أحمد (١٤٦٥١) والترمذي (٢٨٠١) عن جابر: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام بغير إزار، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجلس على مائدة يدار عليها بالخمر».

وروى أبو داود (٤٠١١) وابن ماجه (٣٧٤٨) عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تفتح لكم أرض الأعاجم، وستجدون فيها بيوتًا يقال لها الحمامات، فلا يدخلها الرجال إلا بإزار، وامنعوا النساء أن يدخلنها، إلا مريضة أو نفساء».

يَتمكَّنُ من الاغتِسال في الأنهار والحِياضِ، وهي لا تَتمكَّنُ منه.

وإلى فَرج أمتِه، وزَوجتِه، ووجهِ مَحرَمِه، ورأسِها، وصدرِها، وساقَيها، وعَضُدَيها فقط.

ويَنظُرُ الرَّجُلُ إلى فَرج أمتِه وزَوجتِه وسائِرِ أعضائِهما، عن شَهوةٍ وغيرِ شَهوةٍ؛ لحَديث أبي هُرَيرةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أن النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «غُضَّ بصَرَكَ إلا عن زَوجتك وأمتِك»[1].

وقالت عائِشةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: كُنتُ أغتَسِلُ أنا ورَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من إناءٍ واحِدٍ، وكُنتُ أقولُ: بَقِّ لي، بَقِّ لي، وهو يَقولُ: «بَقِّي لي، بَقِّي لي»[2]، ولو لم يكن النَّظَرُ مُباحًا لَمَا تَجرَّد كلُّ واحِدٍ منهما بينَ يَدَي صاحِبِه.

ولأن ما فوقَ النَّظَرِ -وهو المسُّ والغِشيانُ- مُباحٌ، فالنَّظَرُ أَولى.

إلا أن الأَولى أن لا يَنظُرَ كلُّ واحِدٍ منهما إلى عَورة صاحِبه؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ:

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٤٥: أخرج أبو داود (٤٠١٧)، والترمذي (٢٧٦٩)، وابن ماجه (١٩٢٠) عن معاوية بن حيدة قلت: يا رسول الله! عوراتنا.. ما نأتي منها وما نذر؟ قال: «احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك»، قال: قلت: يا رسول الله! أرأيت لو كان القوم بعضهم في بعض؟ قال: «إن استطعت أن لا تُرِيَنَّها، فلا تُرِيَنَّها»، قال: قلت: يا رسول الله! إذا كان أحدنا خاليًا؟ قال: «الله أحق أن يستحيا من الناس». انتهى.

(٢) روى الإمام أحمد (٢٤٥٩٩) وابن خزيمة (٢٣٦) والطبراني (٢٣/ ٣٦٧) عن معاذة العدوية عن عائشة أنها أخبرتها قالت: كنت أغتسل أنا ورسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من إناء واحد، وأنا أقول له: أبقِ لي، أبقِ لي.

وروى الطيالسي (١٦٧٨) وابن حبان (١١٩٥) عن معاذة العدوية قالت عائشة: كنت أنا ورسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نغتسل من إناء واحد، يبتدر فيقول: «أبقي لي، أبقي لي».

وروى البخاري (٢٦١) ومسلم (٣٢١) عن عائشة قالت: كنت أغتسل أنا والنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من إناء واحد، تختلف أيدينا فيه.

«إذا أَتى أحَدُكم أهلَه فلْيَستتِر ما استَطاع، ولا يَتجرَّدان تَجرُّدَ العَيرِ»(١).

ولأن النَّظَرَ إلى العَورة يُورِثُ النِّسيانَ، قال عليٌّ رَضِيَٱللَّهُعَنهُ: من أكثَر النَّظَرَ إلى سَوءته عُوقِب بالنِّسيان(٢). وكان ابنُ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنهُمَا يقولُ: الأَولى أن يَنظُرَ ليكونَ أبلَغَ في تَحصيل مَعنى اللَّذّةِ(٣).

---

(١) رواه ابن ماجه (١٩٢١) ولفظه: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجرد تجرد العيرين».

والنسائي في «الكبرى» (٨٩٨٠): «إذا أتى أحدكم أهله فليلق على عجزه وعجزها شيئًا، ولا يتجردا تجرد العيرين». والعير بالفتح: الحمار الوحشي والأهلي أيضًا. «المصباح» ٢/ ٤٣٩.

(٢) قال العيني في «البناية» ١٢/ ١٥٢: هكذا ذكر في كتبنا، ولم أر من ذكره من أرباب النقل.

وقد ورد حديثان ضعيفان: بأنه يورث العمى، هكذا أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٢/ ٢٦٥)، وابن حبان في كتاب «الضعفاء» («المجروحين» ١/ ٢٠٢) عن بقية عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال: قال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيهِوَسَلَّمَ: «إذا جامع أحدكم زوجته فلا ينظر إلى فرجها فإن ذلك يورث العمى»، وجعلاه من منكرات بقية.

ومن طريق ابن عدي رواه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢/ ٢٧١)، وقال: قال ابن حبان: كان بقية يروي عن كذابين وثقات ويدلس، وكان له أصحاب يسقطون الضعفاء من حديثه ويسوونه، فيشبه أن يكون سمع هذا من بعض الضعفاء عن ابن جريج، ثم دلس عنه فالتزق به، وهذا موضوع.

وقال ابن أبي حاتم في كتاب «العلل» (٦/ ١٤٢): سألت أبي عن هذا الحديث فقال: هذا حديث موضوع، وبقية كان يدلس.

والحديث الآخر رواه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢/ ٢٧٢) من طريق أبي الفتح الأزدي: ثنا زكريا بن يحيى المقدسي، حدثنا إبراهيم بن محمد الفريابي حدثنا محمد بن عبد الرحمن القشيري، عن جعفر بن كدام، عن سعيد المقبري، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيهِوَسَلَّمَ: «إذا جامع أحدكم فلا ينظر إلى الفرج فإنه يورث العمى، ولا يكثر الكلام فإنه يورث الخرس». ثم قال: قال الأزدي: إبراهيم بن محمد بن يوسف الفريابي ساقط. انتهى.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٤٨: غريب جدًا. انتهى، وقال في «الدراية» ٢/ ٢٢٩: لم أجده. =

وأما نظرُه إلى ذَوات مَحارِمِه: فإنه يَنظُرُ إلى وَجهها، ورأسِها، وصدرِها، وساقَيها، وعَضُدَيها، ولا يَنظُرُ إلى ظَهرها وبطنِها وفَخِذِها.

والأصلُ فيه: قولُه تَعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ...﴾ الآيةَ [النور: ٣١]، ولم يُرِد بها عَينُ الزِّينةِ؛ لأن النَّظَرَ إلى نَفس الزِّينةِ مُباحٌ مُطلَقًا، ولكن الْمُرادُ مَواضِعُ الزِّينةِ، وهي الرَّأسُ؛ فهو مَوضِعُ التّاجِ، والشَّعرُ؛ فهو مَوضِعُ العِقاصِ، والوجهُ؛ فهو مَوضِعُ الكُحلِ، والعُنُقُ والصَّدرُ؛ فهما مَوضِعا القِلادةِ، فهي قد تَنتَهي إلى الصَّدر، والأُذُنُ؛ فهو مَوضِعُ القُرْطِ، والعَضُدُ؛ فهو مَوضِعُ الدُّملوجِ، والسّاعدُ، فهو مَوضِعُ السِّوارِ، والكفُّ، فهو مَوضِعُ الخاتَمِ والخِضابِ، والسّاقُ، فهو مَوضِعُ الخَلْخالِ، والقدَمُ، فهو مَوضِعُ الخِضابِ.

بخِلاف الظَّهرِ والبطنِ والفَخِذِ؛ لأنها ليست بمَواضِع الزِّينةِ.

ولأن البعضَ يَدخُلُ على البَعض بلا استِئذانٍ، واحتِشامُ الْمَرأةِ تكونُ في بَيتها في ثِياب مَهنتِها عادةً، ولا تَكونُ مُستتِرةً، فلو أمَرناها بالتَّستُّر من ذَوي مَحارِمِها لأَفضى إلى الحَرَج.

ولأن الحُرمةَ الْمُؤبَّدةَ تُقِلُّ الرَّغبةَ والشَّهوةَ.

بخِلاف ما وراءَها؛ لأنها لا تَنكشِفُ عادةً.

والْمَحرَمُ: مَن لا يَحِلُّ له مُناكَحتُه على التَّأبيد بنسَبٍ، أو سبَبٍ كرَضاعٍ ومُصاهَرةٍ؛ لشُمول الحرَجِ، وقِلّة رغبة الكلّ.

فإن ثَبَتت حُرمةُ الْمُصاهَرةِ بالزِّنى.. فقِيل: لا يَثبُتُ به حِلُّ المسِّ والنَّظَرِ؛ لأنه

=انتهى، وقال العيني في «البناية» ١٢/ ١٥٢: هذا لم يثبت عن ابن عمر أصلًا، لا بسند صحيح ولا بسند ضعيف. انتهى.

قد ظَهَرت خِيانتُه مرّةً، فلا يُؤتمَنُ ثانِيًا، والأصَحُّ: أن ثُبوتَ حُرمةِ الْمُصاهَرةِ بالسِّفاح كثُبوتها بالنّكاح؛ لتَحقُّق الحُرمةِ على التَّأبيد.

ويَمَسُّ ما حلَّ نَظَرُه.

وكما يُباحُ النَّظَرُ إلى هذه الْمَواضِعِ يُباحُ المسُّ؛ لِما رُوِي أن النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يُقبِّلُ رأسَ فاطِمةَ ويَقولُ: «أجِدُ منها رِيحَ الجنّةِ»(1)، وكان إذا قَدِم من سفَرٍ بَدَأ بها فعانَقها وقَبَّل رأسَها(2)، ....

(1) رواه أطول من هذا الطبراني (22/ 400) عن عائشة قالت: كنت أرى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقبل فاطمة، فقلت: يا رسول الله! إني أراك تفعل شيئًا ما كنت أراك تفعله من قبل، فقال لي: «يا حميراء! إنه لما كان ليلة أسري بي إلى السماء أدخلت الجنة، فوقفت على شجرة من شجر الجنة لم أر في الجنة شجرة هي أحسن منها حسنًا، ولا أبيض منها ورقة، ولا أطيب منها ثمرة، فتناولت ثمرة من ثمرتها فأكلتها، فصارت نطفة في صلبي، فلما هبطت الأرض واقعت خديجة فحملت بفاطمة، فإذا أنا اشتقت إلى رائحة الجنة شممت ريح فاطمة، يا حميراء! إن فاطمة ليست كنساء الآدميين ولا تعتل كما يعتلون».

قال في «مجمع الزوائد» 9/ 202: رواه الطبراني، وفيه أبو قتادة الحراني، وثقه أحمد وقال: كان يتحرى الصدق، وأنكر على من نسبه إلى الكذب، وضعفه البخاري وغيره، وقال بعضهم: متروك، وفيه من لم أعرفه أيضًا، وقد ذكر هذا الحديث في ترجمته في «الميزان». انتهى.

قلت: ذكره الحافظ في «لسان الميزان 3/ 185 في ترجمة الحسين بن عبيد الله بن الخصيب الأبزاري البغدادي منقار، وقال: كان كذابًا، وعد هذا الحديث من أكاذيبه.

وذكره من أئمتنا بلفظ المؤلف: السرخسي في «المبسوط» 10/ 149.

(2) روى أبو يعلى (2466) والطبراني في «الأوسط» (4105) عن ابن عباس قال: كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا قدم من سفر قبل ابنته فاطمة.

وروى الترمذي (3872) عن عائشة أم المؤمنين قالت: ما رأيت أحدًا أشبه سمتًا ودلًّا وهديًا برسول الله في قيامها وقعودها من فاطمة بنت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قالت: وكانت إذا دخلت على=

وقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من قَبَّل رِجلَ أُمِّه فكأنما[1] قَبَّل عَتبةَ الجنّةِ»[2].

بخِلاف وجهِ الأجنبيّةِ وكفِّها؛ حيث لا يُباحُ المسُّ وإن أُبيح النَّظَرُ؛ لتكامُل الشَّهوةِ.

وإنما يُباحُ المسُّ والنَّظَرُ إذا أَمِن الشَّهوةَ على نَفسه وعليها، فأما إذا كان يَخافُ الشَّهوةَ على نَفسه أو عليها: فلا يَحِلُّ له ذلك؛ لأن المسَّ عن شَهوةٍ أو النَّظَرَ عن شَهوةٍ نوعُ زِنًى، قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «العَينان تَزنِيان، وزِناهما النَّظَرُ، واليَدان تَزنِيان، وزِناهما البطشُ، والرِّجلان تَزنِيان، وزِناهما المشيُ، والفرجُ يُصدِّقُ ذلك كلَّه أو يُكذِّبُ»[3].

والزِّنى حَرامٌ بجَميع أنواعِه، وبذَوات الْمَحارِمِ أغلَظُ، فلْيَجتنِب من ذلك.

= النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قام إليها فقبلها وأجلسها في مجلسه، وكان النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا دخل عليها قامت من مجلسها فقبلته وأجلسته في مجلسها.

(١) في (ب): فكأنها، وفي (د): فكأنه.

(٢) لم أقف عليه، وورد بمعنًى قريب لكن ليس فيه محل الشاهد عند ابن ماجه (٢٧٨١) والطبراني (٨١٦٢) واللفظ له: عن محمد بن طلحة بن معاوية السلمي، عن أبيه قال: أتيت النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقلت: يا رسول الله! إني أريد الجهاد في سبيل الله، قال: «أمك حية؟»، فقلت: نعم، فقال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الزم رجلها فثم الجنة». وما رواه القضاعي (١١٩) عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الجنة تحت أقدام الأمهات».

(٣) رواه الإمام أحمد (١٠٩١١)، وروى البخاري (٦٦١٢) ومسلم (٢٦٥٧) عن ابن عباس قال: ما رأيت شيئًا أشبه باللمم مما قال أبو هريرة: عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنى، أدرك ذلك لا محالة، فزنى العين النظر، وزنى اللسان المنطق، والنفس تمنى وتشتهي، والفرج يصدق ذلك أو يكذبه». وروى مسلم إثره: عن أبي هريرة عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «كتب على ابن آدم نصيبه من الزنى، مدرك ذلك لا محالة، فالعينان زناهما النظر، والأذنان زناهما الاستماع، واللسان زناه الكلام، واليد زناها البطش، والرجل زناها الخطا، والقلب يهوى ويتمنى، ويصدق ذلك الفرج ويكذبه».

ويَحِلُّ له أن يَخلوَ أو يُسافِرَ بهنّ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ألا لا يَخلُونَّ رَجُلٌ بامرَأةٍ ليس منها بسَبيلٍ؛ فإن ثالِثَهما الشَّيطانُ»[1]، مَعناه ليس بمَحرَمٍ لها، فدَلَّ أنه يُباحُ

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٤٩: غريب بهذا اللفظ، وقد روي من حديث عمر، وابن عمر، وجابر بن سمرة، وعامر بن ربيعة، وليس فيه قوله: «ليس منها بسبيل»، وهو محل الاستدلال.

فحديث عمر: أخرجه الترمذي (٢١٦٥) في أوائل الفتن، والنسائي في «عشرة النساء» (٣٣٧) عن عبد الله بن عمر: أن عمر خطب بالجابية فقال: يا أيها الناس! قمت فيكم كمقام رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فينا، فقال: «أوصيكم بأصحابي، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشو الكذب، حتى يحلف الرجل ولا يستحلف، ويشهد الشاهد ولا يستشهد، ألا لا يخلون رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان، عليكم بالجماعة، وإياكم والفرقة، فإن الشيطان مع الواحد، وهو من الاثنين أبعد». انتهى، قال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب.

وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» (٥٥٨٦) في النوع الثامن والستين من القسم الثالث، والحاكم في «المستدرك» (٣٨٧) في كتاب العلم، وسكت عنه، وأعاده (٣٩٠) عن سعد بن أبي وقاص عن عمر، فذكره، وقال: صحيح الإسناد.

وحديث جابر بن سمرة: أخرجه ابن حبان في «صحيحه» أيضًا (٤٥٧٦) عن عبد الملك بن عمير عن جابر بن سمرة عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ولا يخلون رجل بامرأة، فإن الشيطان ثالثهما». مختصر.

وحديث عامر: أخرجه أحمد في «مسنده» (١٥٦٩٦) عن عاصم بن عبيد الله عن عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه، مرفوعًا نحوه.

وحديث ابن عمر: أخرجه الطبراني في «معجمه الوسط» (٧٢٤٩) عن حجاج بن محمد عن ابن جريج عن ابن أبي نجيح عن مجاهد عن ابن عمر مرفوعًا بنحوه، وقال: تفرد به حجاج بن محمد.

وحديث الكتاب: أخرج مسلم (٢١٧١) معناه من حديث جابر قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يبيتن رجل عند امرأة [ثيب] إلا أن يكون ناكحًا أو ذا محرم». انتهى.

قلت: ويشهد لدليل المصنف هنا وللمرغيناني في «الهداية» لفظ الإمام أحمد (١٤٦٥١) عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام إلا بمئزر، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر =

له أن يَخلوَ بذَوات مَحارِمِه.

وقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا تُسافِرُ الْمَرأةُ فوقَ ثَلاثةِ أيّامٍ ولَياليها إلا ومعها زوجُها أو ذو رَحِمٍ مَحرَمٍ منها»[1]، فدَلَّ أنه لا بأسَ بأن تُسافِرَ مع الْمَحرَمِ.

فإن احتَاجَ إلى الإركابِ والإنزالِ: فلا بأسَ بأن يَمَسَّها من وَراء ثِيابِها ويَأخُذَ ظهرَها وبطنَها دونَ ما تحتَها، إذا أمِنا الشَّهوةَ، فإن خافها على نَفسه أو عليها يَقيناً أو ظنًّا أو شكًّا: فلْيَجتنِب ذلك بجَهده.

ثم إن أمكَنها الرُّكوبُ بنَفسها يَمتنِعُ عن ذلك أصلًا، وإن لم يُمكِنْها يَتكلَّفُ بالثِّياب؛ كيلا تُصيبَه حَرارةُ عُضوِها، وإن لم يَجِد الثِّيابَ: يَدفَعُ الشَّهوةَ عن نَفسه بقَدْر الإمكانِ.

وأمةُ غيرِه كمَحرَمِه، ويَمَسُّ ذلك لشِرائها، وإن اشتَهى.

وأما النَّظَرُ إلى أَمة الغيرِ:

فهو كنَظَره إلى ذَوات مَحارِمِه؛ لأنها تَحتاجُ إلى الخُروج لحَوائج مَولاها في ثِياب مَهنتِها، وحالُها مع جَميعِ الرِّجالِ في مَعنى البَلوى نظَرًا ومسًّا كحاله مع ذَواتِ مَحارِمِه.

=فلا يقعد على مائدة يشرب عليها الخمر، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها، فإن ثالثهما الشيطان». فتفسير السبيل بالمحرم ظاهر هنا مع ما ذكره الزيلعي من حديث مسلم.

(١) قال في «الدراية» ٢/ ٢٢٩: مسلم (٨٢٧) من حديث أبي سعيد بلفظ: «فوق ثلاث»، وهو في البخاري (١١٩٧) «يومين»، واتفقا عليه من حديث ابن عمر بلفظ: «فوق ثلاث»، وفي رواية للبخاري: «ثلاثة أيام»، وفي رواية لهما عن أبي هريرة: «مسيرة يوم وليلة»، وفي رواية لمسلم: «مسيرة ليلة»، وفي لفظ: «يوم»، وأخرجه أبو داود وابن حبان والحاكم بلفظ: «بريد»، وقد تقدم في كتاب الحج مستوفًى. انتهى.

وكان عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إذا رَأى أمةً مُتقنِّعةً علاها بالدِّرّة وقال: ألقِ عنك الخِمارَ يا دَفارِ[1]! أتتَشبَّهين بالحَرائِر[2]؟!

ولا يَحِلُّ له أن يَنظُرَ إلى ظَهرها وبطنِها، كما في حقِّ ذَواتِ الْمَحارِمِ.

وكان محمدُ بنُ مُقاتِلٍ الرّازيُّ يَقولُ: لا يَنظُرُ إلى ما بينَ سُرّتِها إلى رُكبتها، ولا بأسَ بالنَّظَر إلى ما وراءَ ذلك؛ لِما رُوِي عن ابن عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا في حَديثٍ طَويلٍ: ومن أَراد أن يَشتريَ جارِيةً فلْيَنظُر إليها إلا إلى مَوضِع الْمِئزَرِ[3].

ولنا: أنه لا ضَرورةَ في الظَّهر والبطنِ، كما في حقِّ الْمَحارِمِ، بل أَولى؛ لِقِلّة الشَّهوةِ في الْمَحارِمِ، وكَمالِ الشَّهوةِ في الإماء.

والْمُدبَّرةُ والْمُكاتَبَةُ وأُمُّ الولَدِ: كالأَمة؛ لوُجود الحاجةِ وقِيامِ الرِّقِّ فيهنّ.

والْمُستسعاةُ كالْمُكاتَبة عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِما عُرِف.

ويَحِلُّ الخَلوةُ والْمُسافَرةُ بها، كما في ذَوات الْمَحارِمِ، وعندَ بعضِ مَشايخِنا: ليس له أن يُعالِجَها في الإركاب والإنزالِ؛ لأن مَعنى العَورةِ وإن عُدِم بالسَّتر فمَعنى الشَّهوةِ باقٍ.

والأصَحُّ: أنه لا بأسَ بذلك إذا أمِنَ الشَّهوةَ على نَفسه وعليها؛ لأن الْمَولى قد

(١) دَفَر الشيءُ دَفَرًا فهو دَفِرٌ، من باب تعب: أنتنت ريحه، ويقال للجارية إذا شُتمت: يا دَفار، أي منتنة الريح، كناية عن خبث الخُبْر والمخبر. «المصباح» ١/ ١٩٦.

(٢) قال في «الدراية» ١/ ١٣٤: لم أره بهذا اللفظ، والمعروف عن عمر أنه ضرب أمة رآها مقنعة، وقال اكشفي رأسك ولا تتشبهي بالحرائر، أخرجه عبد الرزاق (٥٠٦٤) بإسناد صحيح، وعن عبد الرزاق (٥٠٥٩) أن عمر ضرب عقيلة أمةَ أبي موسى في الجلباب أن تجلبب، قال البيهقي: الآثار عن عمر بذلك صحيحة.

(٣) لم أقف عليه، وذكره في «المبسوط» ١٠/ ١٥١ وقال: ولكن تأويل هذا الحديث عندنا أن المرأة قد تتزر على الصدر، فهو مراد ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

يَبعَثُها في حاجته من بَلدةٍ إلى بَلدةٍ، ولا تَجِدُ مَحرَمًا لتُسافِرَ معه، وهي تَحتاجُ إلى من يُركِبُها ويُنزِلُها؛ ألا ترى أن أمةَ الْمَرأةِ قد تَغمِزُ رِجلَ زوجِها وتَخلو به، ولا يَمنَعُ أحدٌ من ذلك.

وكلُّ ما يُباحُ النَّظَرُ إليه منها يُباحُ مسُّه منها إذا أمِنَ الشَّهوةَ على نَفسه وعليها، كذا في «الْمَبسوط».

وذَكَر في «الْمُختصَر»: ولا بأسَ بأن يَمَسَّ ذلك إذا أَراد الشِّراءَ، وإن خاف أن يَشتهيَ.

وذَكَر في «الجامِع الصَّغيرِ»: رَجُلٌ يُريدُ شِراءَ جارِيةٍ: فلا بأسَ بأن يَمَسَّ ساقَها وصدرَها وذِراعَها، ويَنظُرَ إلى ذلك كلِّه مَكشوفًا.

والحاصِلُ: أنه يُباحُ النَّظَرُ في هذه الحالةِ إلى شَعرها وصدرِها وساقِها، وإن اشتَهى؛ للضَّرورة، ولا يُباحُ المسُّ إذا اشتَهى، أو كان أكبرُ رأيِه ذلك؛ لأن إباحةَ النَّظَرِ ليَعلَمَ قَدْرَ الماليّةِ، ومِقدارُ الماليّةِ يَصيرُ مَعلومًا بالنَّظَر بدُون المسِّ، وفي غَير حالةِ الشِّراءِ يُباحُ النَّظَرُ والمسُّ بشَرط عدَمِ الشَّهوةِ.

ولم تُعرَض أمةٌ بَلَغت في إزارٍ.

وإذا بَلَغت الْمَرأةُ لم تُعرَض في إزارٍ واحِدٍ، والْمُرادُ بالإزار: الذي يَستُرُ ما بينَ السُّرّةِ والرُّكبةِ، وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: وكذلك إذا بَلَغت مَوضِعًا تُجامَعُ وتُشتَهى؛ لأن ظهرَها وبطنَها عَورةٌ، والْمُشتهاةُ كالبالِغة، فلا تُعرَضُ في إزارٍ واحِدٍ.

والخَصِيُّ والْمُخنَّثُ: كالفَحل.

والخصِيُّ في النَّظَر إلى الأجنبيّة كالفَحل؛ لقَول عائِشةَ رَضِيَٱللَّهُعَنهَا: الخِصاءُ مُثلةٌ[1].

فلا يُبيحُ ما كان حَرامًا قبلَه.

ولأن الخصِيَّ في الأَحكام مِثلِ الشَّهاداتِ والْمَواريثِ كالفَحل، وقطعُ تلك الآلةِ منه كقَطع عُضوٍ آخرَ، ومَعنى الفِتنةِ لا يَفوتُ، فالخصِيُّ قد يُجامِعُ، وقِيل: هو أشدُّ النّاسِ جِماعًا؛ لأن آلتَه لا تَفترُ بالإنزال[2]، وكذا الْمَجبوبُ؛ لأنه يَسحَقُ فيُنزِلُ.

فإن كان مَجبوبًا قد جَفَّ ماؤُه: فقد رَخَّص بعضُ مَشايخِنا في حقِّه الاختِلاطَ بالنِّساء؛ لوُقوع الأمنِ من الفِتنة، وقد قال اللهُ تَعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّـٰبِعِينَ غَيۡرِ أُوْلِي ٱلۡإِرۡبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١]، فقِيل: هو الْمَجبوبُ الذي جَفَّ ماؤُه[3].

والأصَحُّ: أنه لا يَحِلُّ له ذلك؛ لعُموم النُّصوصِ.

وكذا الْمُخنِّثُ في الرَّديء من الأَفعال؛ لأنه كغَيره من الرِّجال، بل هو من الفُسّاق، ويُنحّى عن النِّساء.

فأما إذا كان في أَعضائه لِينٌ وفي[4] لِسانه تكسُّرٌ، ولا يَشتَهي النِّساءَ، ولا يَكونُ مُخنَّثًا

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٥٠: غريب، وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣٢٥٨٦) عن ابن عباس قال: خصاء البهائم مُثْلة، ثم تلا: ﴿وَلَأٓمُرَنَّهُمۡ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلۡقَ ٱللَّهِۚ﴾ [النساء: ١١٩]. انتهى. أخرجه في أواخر كتاب الفضائل، وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» عن مجاهد (٨٤٤٦)، وعن شهر بن حوشب (٨٤٤٨): الخصاء مُثلة، ذكره في كتاب الحج، والمصنف استدل به على أن نظر الخصي إلى الأجنبية كالفحل، وليس بدليل ناجح. انتهى مختصرًا.

(٢) مثبتة من (أ) و(ج).

(٣) روى الطبري في «تفسيره» ١٧/ ٢٧٠ وابن أبي حاتم في «تفسيره» (١٤٤٢٨) عن عكرمة أن معناه المخنث الذي لا يقوم ذَكَره.

(٤) في (د): أو في.

في الرَّديِّ من الأفعال: فقد رَخَّص بعضُ مَشايخنا في تَرك مِثلِه مع النِّساءِ، وهو أحدُ تأويل[١] قولِه تعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّـٰبِعِينَ غَيۡرِ أُوْلِي ٱلۡإِرۡبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ[٢]﴾ [النور: ٣١][٣]، وقِيل: الْمُرادُ به: الأبلَهُ الذي لا يَدري ما يَصنَعُ بالنِّساء، إنما هِمّتُه بطنُه[٤].

والأصحُّ أن نَقولَ: إنه من الْمُتشابِه، وقولُه تَعالى: ﴿قُل لِّلۡمُؤۡمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنۡ أَبۡصَٰرِهِمۡ﴾ [النور: ٣٠] مُحكَمٌ، فنَأخُذُ بالْمُحكَم ونَقولُ: كلُّ من كان من الرِّجال فلا يَحِلُّ لها أن تُبديَ مَوضِعَ الزِّينةِ الباطِنةِ بينَ يَدَيه، ولا يَحِلُّ له أن يَنظُرَ إليها، إلا أن يَكونَ صَغيرًا، فحينَئذٍ لا بأسَ بذلك؛ لقَوله تَعالى: ﴿أَوِ ٱلطِّفۡلِ ٱلَّذِينَ لَمۡ يَظۡهَرُواْ عَلَىٰ عَوۡرَٰتِ ٱلنِّسَآءِۖ﴾ [النور: ٣١].

وعبدُها(ف ك) كالأجنبيّ.

والعبدُ فيما يَنظُرُ إلى سَيِّدته كالحُرِّ الأجنبيّ، مَعناه: أنه لا يَحِلُّ له أن يَنظُرَ إلا إلى وَجهها وكفِّها عندَنا.

---

(١) تحتمل في (ب): تأويلي.

(٢) قوله: ﴿غَيۡرِ أُوْلِي ٱلۡإِرۡبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ مثبت من (هـ).

(٣) انظر النقل السابق عن الطبري.

(٤) روى الطبري في «تفسيره» ١٧/ ٢٦٦ عن ابن عباس: قوله: ﴿أَوِ ٱلتَّـٰبِعِينَ غَيۡرِ أُوْلِي ٱلۡإِرۡبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ قال: كان الرجل يتبع الرجل في الزمان الأول لا يغار عليه، ولا ترهب المرأة أن تضع خمارها عنده، وهو الأحمق الذي لا حاجة له في النساء.

ثم روى عنه: فهذا الرجل يتبع القوم، وهو مغفل في عقله، لا يكترث للنساء ولا يشتهيهن.

ثم روى عن قتادة قال: هو التابع يتبعك يصيب من طعامك.

ثم روى عن مجاهد قال: الذي يريد الطعام ولا يريد النساء.

ثم روى عنه أيضًا قال: الذين لا يهمهم إلا بطونهم، ولا يخافون على النساء.

ثم روى عنه أيضًا قال: الأبله.

وقال مالكٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: نظَرُه إليها كنَظَر الرَّجُلِ إلى ذَوات مَحارِمِه؛ لقَوله تَعالى: ﴿أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُنَّ﴾ [النّور: ٣١]، ولا يَجوزُ أن يُحمَلَ على الإماء؛ لأنهن دَخَلنَ في قَوله: ﴿أَوۡ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النّور: ٣١].

ولأنه لا يُشكِلُ أن للأَمة أن تَنظُرَ إلى سَيِّدتها، كالأجنبيات[١]، ولأن بينَهما سببًا مُحرِّمًا للنِّكاح، فكان بمَنزِلة الْمَحرَمِ، وإباحةُ النَّظَرِ ثَمَّ لحاجة الدُّخولِ من غَير استِئذانٍ واحتِشامٍ، وهذا مُتحقِّقٌ فيما بينَ العبدِ وسَيِّدتِه.

ولنا: أنه ليس بينَهما زَوجيّةٌ ومَحرَميّةٌ، وحُرمةُ الْمُناكَحةِ على شَرَف الزَّوالِ، فكانت في حقِّه كمَنكوحة الغيرِ؛ وهذا لأن الحُرمةَ الْمُؤبَّدَةَ تُقلِّلُ الشَّهوةَ، فأما الْمِلكُ: فلا يُقلِّلُ الشَّهوةَ، بل يَحمِلُها على رَفع الاحتِشامِ، والبَلوى غيرُ مُتحقِّقٍ؛ لأن العَبيدَ للاستِخدام خارِجَ البيتِ لا داخِلَ البيتِ، فقد قِيل: من اتَّخَذ عبدًا لخِدمة داخِلِ البيت فهو كَشخان[٢].

والْمُرادُ بالنَّصّ: الإماءُ، قال سَعيدُ بنُ الْمُسيَّبِ وسَعيدُ بنُ جُبَيرٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا: لا تَغرَّنَّكم سُورةُ النُّورِ؛ فإنها في الإناث دونَ الذُّكورِ[٣]، ومُرادُهما: قولُه تَعالى: ﴿أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُنَّ﴾ [النّور: ٣١].

والْمَوضِعُ مَوضِعُ إشكالٍ؛ لأن حالَ الأمةِ يَقرُبُ من حال الرِّجالِ، حتى تُسافِرُ بغَير

(١) في (أ): كما للأجنبيات.

(٢) الكشخان: الديوث الذي لا غيرة له، وكشخه وكشَّخَنه: شتمه وقال له يا كشخان. «المغرب» ص٤٠٩.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٥١: غريب بهذا اللفظ، ومعناه ما رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٦٩١٠) في كتاب النكاح حدثنا أبو أسامة ثنا يونس عن أبي إسحاق عن طارق عن سعيد بن المسيب قال: لا تغرنكم الآية ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾ إنما عنى به الإماء، ولم يعن به العبيد. انتهى، (١٧٢٧٥) حدثنا عبد الأعلى عن هشام عن الحسن: أنه كره أن يدخل المملوك على مولاته بغير إذنها. انتهى.

مَحرَمٍ، فأشكَل أنه هل يُباحُ لها التَّكشُّفُ بينَ يَدَي أمتِها، ولم يَزُل هذا الإشكالُ بقَوله: ﴿أَوْ نِسَآيِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]؛ لأن مُطلَقَ هذا اللَّفظِ يَتناوَلُ الحَرائرَ دونَ الإماءِ.

ويَعزِلُ[١] عن أَمته بلا إذنٍ، وعن زَوجته بإذنها.

ويَعزِلُ عن أَمته بغَير إذنِها؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ قال لِمَولى أمةٍ: «اعِزل عنها إن شِئتَ»[٢].

ولا يَعزِلُ عن زَوجته إلا بإذنها؛ لنَهيه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ عن العَزل عن الحُرّة إلا بإذنها[٣]، ولأنه يُخِلُّ بلَذّة الوِقاعِ للمَوطوءة، وهما يَتفاوَتان في استِحقاقها، فللحُرّة حقٌّ فيه، حتى تُخيَّرُ في الجبِّ والعُنّةِ، لا للأمة، فلهذا لا يُنقَصُ حقُّ الحُرّةِ إلا بإذنها، ويَستبِدُّ به السَّيِّدُ.

ولو كانت الأمةُ مَنكوحةً فقد قَرَّرناه في النّكاح.

(١) العزل: صرف المني عن المرأة خوف الحمل. «التوقيف» ص٢٤١.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٣٩) عن جابر: أن رجلاً أتى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: إن لي جارية، هي خادمنا وسانيتنا، وأنا أطوف عليها، وأنا أكره أن تحمل، فقال: «اعزل عنها إن شئت، فإنه سيأتيها ما قدر لها»، فلبث الرجل ثم أتاه، فقال: إن الجارية قد حبلت، قال: «قد أخبرتك أنها سيأتيها ما قدر لها». انتهى.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٥١: أخرجه ابن ماجه في «سننه» (١٩٢٨) في النكاح عن إسحاق ابن عيسى عن ابن لهيعة عن جعفر بن ربيعة عن الزهري عن محرز بن أبي هريرة عن أبيه عن عمر بن الخطاب: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها. انتهى، ورواه أحمد في «مسنده» (٢١٢)، والدارقطني (في «العلل» ١٣٥)، ثم البيهقي (١٤٣٢٤) في سننيهما، قال الدارقطني: تفرد به إسحاق الطباع عن ابن لهيعة عن جعفر بن ربيعة عن الزهري عن محرز بن أبي هريرة عن أبيه عن عمر، قال: ووهم فيه أيضًا، خلفه عبد الله بن وهب، فرواه عن ابن لهيعة عن جعفر بن ربيعة عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر عن أبيه، ووهم فيه أيضًا، والصواب عن حمزة عن عمر مرسل، ليس فيه عن أبيه. انتهى.

الفصلُ الرّابعُ
في الاستِبْراءِ وغيْرِهِ

وحَرُم وطءُ أمةِ مِلْكٍ، ولو من عَبده الْمَديونِ(س م)، ودَواعِيه.. حتى يَستبرِئَ، ولم يَكفِ(س) به قبلَ قبضِه.

ومن اشتَرى أمةً فإنه لا يَقربُها، ولا يَلمَسُها، ولا يُقبِّلُها، ولا يَنظُرُ إلى فَرجها بشَهوةٍ.. حتى يَستبرِئَها.

والأصلُ في وُجوب الاستِبراءِ: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في سَبايا أوطاسٍ: «ألا لا تُوطَأُ الحَبالى حتى يَضَعْنَ حَمْلَهنّ، ولا الحَيالى حتى يَستبرِئن بحَيضةٍ»[١].

والحَديثُ وإن وَرَد في الْمَسبيّة لكن السَّبَبُ حُدوثُ الْمِلكِ واليدِ؛ لأنه الْمَوجودُ في الْمَنصوص عليه؛ وهذا لأن الاستِبراءَ حَقيقةً التَّعرُّفُ عن بَراءة الرَّحِمِ؛ لئلا يَختلِطَ ماؤُه بماء الغيرِ؛ إذ لو وَطِئها قبلَ أن يَتعرَّفَ بَراءةَ رَحِمِها، فجاءت بولَدٍ[٢].. فلا يُدرى أنه منه

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٥٢: أخرجه أبو داود (٢١٥٧) قال: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة». انتهى. وله طريق أخرى مرسلة، قال ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٧٥٤): عن داود، قال: قلت للشعبي: إن أبا موسى نهى يوم فتح تستر أن لا توطأ الحبالى، ولا يشارك المشركون في أولادهم، فإن الماء يزيد في الولد، هو شيء قاله برأيه، أو رواه عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع، أو حائل حتى تستبرأ. انتهى.

وأوطاس: وادٍ بالطائف. «شرح مسلم» للنووي ٩/ ١٨٤، والحَيَالى عكس الحَبَالى كما في رواية أبي داود المارّة.

(٢) في (ب): فجاءت بماء الغير بولد.

أو من غَيره، فوَجَب التَّعرُّفُ عن بَراءة الرَّحِمِ؛ صِيانةً للمِياه عن الاختِلاط، والأنسابِ عن الاشتِباه، والولَدِ عن الهَلاك؛ لأنه عندَ الاشتِباهِ لا يُدَّعى الولَدُ، فيَهلِكُ؛ لعَدَم من يَقومُ بتَربِيَته.

وشرطُه: تَوهُّمُ شُغلِ الرَّحِمِ أو حَقيقةُ الشُّغلِ؛ لأن الصِّيانةَ إنما تَجِبُ في مِثل هذا الْمَوضِعِ، وتَوهُّمُ الشُّغلِ من غَير الواطِئِ إنما يَثبُتُ بتَقدُّم مِلكِ الغيرِ في المحَلّ.

وإنما يَجِبُ على الْمُشتَري، لا على البائِع كما قال مالِكٌ: لأن العِلّةَ الحَقيقيّةَ إرادةُ الوطءِ، فإنه إذا أَراد الوطءَ -وذا لا يَحِلُّ إلا في محَلٍّ فارِغٍ- يَجِبُ عليه التَّعرُّفُ عن بَراءة الرَّحِمِ؛ كيلا يَصيرَ ساقِيًا ماءَه زرعَ غيرِه، والْمُشتَري هو الذي يُريدُه دونَ البائِعِ، فيَجِبُ عليه.

غيرَ أن إرادةَ الوطءِ[1] لا يُوقَفُ عليها، فأُقِيم التَّمكُّنُ من الوَطء مُقامَ إرادةِ الوطءِ، وذا إنما يَتحقَّقُ بالْمِلك واليدِ؛ إذ بالْمِلك يُطلَقُ له الفِعلُ، وباليَد يُقدَرُ على الوَطء، وأُدِير الحُكمُ عليه تَيسيرًا.

ويَتعدّى الحُكمُ إلى سائِر أسبابِ الْمِلكِ، كالشِّراء، وإن كان من عَبده الْمَأذونِ الْمَديونِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه لم يكن مالِكَها عندَه.

وعندَهما: إن حاضت عندَ الْمَأذونِ بعدَ قبضِه جاز للمَولى أن يطَأَها؛ لأنه يَملِكُ كسبَه، فصار قبضُه كقَبض الْمَولى، والهِبةِ، والوصِيّةِ، والإرثِ، والخُلعِ، والكِتابةِ بأن كاتَب عبدَه على أمةٍ، والدَّفعِ بالجِناية.

وكذا يَجِبُ إذا اشتَراها من امرَأةٍ، أو صبيٍّ -بأن باعها أبُوه-، أو مَملوكٍ، أو ممن لا يَحِلُّ له وطؤُها بمَحرَميّةٍ أو برَضاعٍ،........

(١) في (هـ): الواطئ.

أو اشتَراها[١] وهي بِكرٌ؛ لوُجود العِلّةِ الْمُوجِبةِ والشَّرطِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إذا تَيقَّن بفَراغ رَحِمِها من ماء البائِع فليس عليه الاستِبراءُ؛ لأنه لتَبيُّن[٢] فَراغِ الرَّحِمِ، وهو حاصِلٌ في هذه الصُّوَرِ[٣]، كما في الْمُطلَّقة قبلَ الدُّخولِ لا تَجِبُ العِدّةُ لهذا.

ولنا: أن هذه حِكمةُ الاستِبراءِ، والحُكمُ مُتعلِّقٌ بالعِلّة لا بالحِكمة؛ لبُطونها؛ تَيسيرًا للأَمر على النّاس.

فإن قِيل: لا بُدَّ من تَوهُّم الشُّغلِ.

قُلنا: تَوهُّمُ الشُّغلِ ثابِتٌ؛ إذ الْمُعتبَرُ التَّوهُّمُ، سَواءٌ كان من المالِك أو من غَيره، وكذا في البِكر التَّوهُّمُ ثابِتٌ؛ لأن الشُّغلَ يُتصوَّرُ[٤] بدُون زَوالِ العُذرةِ.

ولا يُجتزَأُ[٥] بالحَيضة التي اشتَراها في أَثنائها؛ لأن الواجِبَ عليها[٦] الحَيضةُ، وهي اسمٌ للكامِلة، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنها كما طَهُرت من هذه الحَيضةِ فله أن يطَأَها؛ لتَبيُّن فَراغِ رَحِمِها.

ولا بالحَيضة التي حاضَتْها بعدَ الشِّراءِ أو غيرِه من أَسباب الْمِلكِ قبلَ القبضِ، خِلافًا لأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن تَبيُّنَ فَراغِ رَحِمِها يَحصُلُ بحَيضةٍ وُجِدت في يَد البائِع، كما يَحصُلُ بحَيضةٍ

---

(١) في (ب): أو اشتراها من امرأة أو صبي.

(٢) في (ب): ليقين، وفي (د): بتبين.

(٣) في (ب) و(ج) و(هـ): الصورة.

(٤) في (هـ): يتوهم.

(٥) في (د): ولا عبرة.

(٦) في (ب) و(د) و(هـ): عليه.

تُوجَدُ في يَد الْمُشتَري.

ولنا: أنها وُجِدت قبلَ عِلّتِه؛ إذ هي تَحصُلُ بالْمِلك واليدِ، فلا تُعتبَرُ، ولا بالوِلادة الحاصِلةِ بعدَها قبلَ القبضِ، ولا بالحَيضة التي تُوجَدُ قبلَ الإجازةِ في بَيع الفُضوليِّ، وإن كانت في يَد الْمُشتَري، ولا بالحاصِل بعدَ[1] القبضِ في الشِّراء الفاسِدِ قبلَ أن يَشتريَها شِراءً صَحيحًا.

ويَجِبُ في أمةٍ للمُشتَري فيها شِقصٌ، فمَلَك الباقيَ بوجهٍ من الوُجوه؛ لأن حُدوثَ مِلكِ الحِلِّ بسَبَب مِلكِ الرَّقَبةِ يَكونُ بعدَ مِلكِه جَميعَ رَقَبتِها، ومِلكُ بعضِ الرَّقَبةِ بمَنزِلة بعضِ العِلّةِ، وثُبوتُ الحُكمِ عندَ كَمالِ العِلّةِ.

وإن اشتَراها وهي مَجوسيّةٌ، فحاضت بعدَ القبضِ، ثم أسلَمت، أو اشتَراها فكاتبَها قبلَ الاستِبراءِ، ثم حاضت في حال كِتابتِها، ثم عَجزت: يُجتزَأُ بتلك الحَيضةِ؛ لوُجودها بعدَ تَمامِ السَّبَبِ، والمانِعُ من الوَطء -وهو التَّمجُّسُ أو الكِتابةُ- لا يَمنَعُ الاعتِدادَ بالاستِبراء، كما لو اشتَرى أمةً مُحرِمةً، فحاضت في حال إحرامِها.

بخِلاف ما لو اشتَرى مُكاتَبٌ أُختَه، ثم عَجز.. عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وإذا رَجَعت الآبِقةُ، أو رُدَّت الْمَغصوبةُ أو الْمُؤاجَرةُ عندَ انقِضاءِ الْمُدّةِ، أو فُكَّت الْمَرهونةُ، أو زَنَت أمتُه: فليس عليه أن يَستبرِئَها، خَلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الزِّنى؛ لعَدَم سَبَبِه، وهو حُدوثُ مِلكِ اليدِ والرَّقَبةِ.

ولا يُقالُ: هذا استِدلالٌ بعَدَم الحُكمُ لعَدَم العِلّةِ، وهو فاسِدٌ؛ لأن السَّبَبَ مُتعيِّنٌ، فيُدارُ الحُكمُ عليه وُجودًا وعدَمًا، وإنما فَسَد إن لو لم يَتعيَّن، وصار هذا كتَعليل محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في وَلَد الغصبِ.

(١) في (د): قبل.

ولو أَقال البيعَ قبلَ قبضِها فعلى البائِع الاستِبراءُ قِياسًا، وهو قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ الأوَّلُ؛ لأنها زالت عن مِلكه، والآنَ مَلَكها ثم رَجَع وقال: لا يَجِبُ، وهو قولُهما؛ لأنها فسخٌ من الأَصل، فصار كأن لم يكن.

وإذا حاضت عندَ الْمُشتَري، ثم رَدَّها بالعَيب: لم يَقرَبها البائِعُ حتى تَحيضَ، بخِلاف ما لو كاتَبها ثم عَجَزت.

وإذا ثَبَت وُجوبُ الاستِبراءِ، وحَرُم الوطءُ: حَرُم الدَّواعِي عندَنا؛ لإِفضائها إليه.

وقال بعضُ الفُقَهاءِ: لا يَحرُمُ؛ لأن النَّصَّ[1] وَرَد في الوَطء، وهو مَعلولٌ بخَوف الخلطِ بماء غيرِه وسقيِ زرعِ غيرِه بمائه، وذلك مَعدومٌ في الدَّواعِي، فلم يَتعدَّ التَّحريمُ إليه.

ولأن الدَّواعيَ لا تَحرُمُ في الْمَسبيّة، وهو الْمَنصوصُ والأصلُ في الباب، وهذا فرعُه، فاستَحال أن يُخالِفَ الفرعُ أصلَه.

ولنا: أن الدَّواعيَ في مَعنى الوطءِ، فوَجَب إلحاقُها به، كما في الظِّهار؛ وهذا لأن الوطءَ إنما حَرُم لاحتِمال الوُقوعِ في غَير الْمِلكِ، بأن تكونَ قد حَبِلت من المالِك الأوَّلِ، فحينَئذٍ يَصيرُ ساقِيًا زرعَ غيرِه؛ لأنه تبَيَّن أنه وَطِئ أُمَّ ولَدِ غيرِه، وهذا الْمَعنى في الدَّواعِي مَوجودٌ؛ لأنها إن كانت حامِلًا من المالِك، فادَّعى الولَدَ، فصارت أُمَّ ولَدِه.. فيَظهَرُ أن الدَّواعيَ حَصَلت في مِلك غيرِه، وذلك حَرامٌ.

بخِلاف الحائِضِ؛ حيث لا تَحرُمُ الدَّواعِي ثَمّ؛ لأنه لا يُحتمَلُ الوُقوعُ في غَير الْمِلكِ، ولأن الدَّواعيَ ثَمَّ لا تُوقِعُه في ارتِكاب الحَرامِ؛ لنُفرةٍ في طَبعه عنها بسَبَب الأذى، والدَّواعِي هنا تُوقِعُه في ارتِكاب الحَرامِ، وهو الوطءُ؛ لتَوفُّر رَغبتِه فيها ما لم يَحصُل مَقصودُه منها، ولا نصَّ في الْمَسبيّة.

---

(١) أي حديث: «ألا لا توطأ الحبالى حتى...».

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه تَحِلُّ الدَّواعِي؛ لأنها لا تحتمِلُ الوُقوعَ في غير[1] الْمِلكِ؛ لأنه لو ظَهَر بها حبَلٌ لا تَصِحُّ دِعوةُ الحَربيِّ، والاستِبراءُ في الحامِلِ بوَضع الحملِ؛ لِما رَوَينا.

ولأن العِدّةَ تَنقَضي بوَضع الحَمْلِ، فلأَن تَنقضيَ بها مُدّةُ الاستِبراءِ أَولى.

وإن كانت الجارِيةُ لا تَحيضُ من صِغرٍ أو كِبَرٍ: فاستِبراؤُها بشهرٍ؛ لأن الشَّهرَ قائمٌ مَقامَ الحَيضِ في العِدّة، فكذا في الاستِبراء، وإذا حاضت في أثنائه بَطَل الاستِبراءُ بالأيّام؛ لأن القُدرةَ على الأَصل قبلَ حُصولِ الْمَقصودِ بالبَدَل تُبطِلُ حُكمَ البدَلِ، كالْمُعتدّة بالأشهُر إذا حاضت.

ومُمتدّةُ الطُّهرِ تَمكُثُ شَهرَين(س ز و) وخَمسةً.

وإن ارتفع حيضُها، بأن صارت مُمتدّةَ الطُّهرِ، وهي ممن تَحيضُ: تَركها حتى إذا تَبيَّن أنها ليست بحامِلٍ وَقَع عليها، وليس فيه تَقديرٌ في ظاهِر الرِّوايةِ، إلا أن مَشايخَنا قالُوا: يَتبيَّنُ ذلك بشَهرَين أو ثَلاثةِ أشهُرٍ.

وكان محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: يَستبرِئُها أربعَةَ أشهُرٍ وعشَرةِ أيّامٍ؛ اعتِبارًا بأكثَر مُدّةِ العِدّةِ، وهي عِدّةُ الوَفاةِ في الحُرّة، ثم رَجَع وقال: يَستبرِئُها بشَهرَين[2] وخَمسةِ أيّامٍ، والفَتوى عليه؛ لأنه متى صَلَحت هذه الْمُدّةَ للتَّعرُّف عن شُغلٍ يُتوهَّمُ بالنِّكاح في الإماء.. فلأَن تَصلُحَ للتَّعرُّف عن شُغلٍ يُتوهَّمُ بمِلك اليَمينِ وهو دونَه أَولى.

وعن زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَستبرِئُها بحَولَين، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه أكثَرُ مُدّةٍ يَبقى الولَدُ في البَطن.

---

(١) في (هـ): حيز.

(٢) في (ز): بشهر.

وقال أبو مُطيعٍ: يَستبرِئُها بتِسعة أشهُرٍ مُدّةِ الحبَلِ في النِّساء عادةً.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه قَدَّره بثلاثة أشهُرٍ.

ولا بأسَ بالاحتِيال لإسقاط الاستِبراءِ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه يَمتنِعُ من التِزام حُكمٍ مَخافةَ أن لا يَتمكَّنَ من الوَفاء به إذا لَزِمه.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُكرَه؛ لأن الفِرارَ من الأَحكام الشَّرعيّةِ ليس من أَخلاق الْمُؤمِنين، فيُكرَهُ له اكتِسابُ سببِ[1] الفِرارِ، وهو نَظيرُ الشُّفعةِ، وقد مَرَّت.

والْمَأخوذُ قولُ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيما إذا عَلِم أن البائِعَ لم يَقربها في طُهرها ذلك، وقولُ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيما إذا قَرِبها.

والحِيلةُ إن لم تكن تحتَ الْمُشتَري حُرّةٌ: أن يَتزوَّجها قبلَ الشِّراءِ، ثم يَشترِيَها فيَقبِضَها، فلا يَلزَمُه الاستِبراءُ؛ لأن بالنِّكاح يَثبُتُ له عليها الفِراشُ، فإنما اشتَراها وهي فِراشُه، وقِيامُ الفِراشِ له عليها دَليلٌ شَرعيٌّ على تَبيُّن فَراغِ رَحِمِها من ماء الغيرِ، ثم الحِلُّ له لم يَتجدَّد بمِلك الرَّقَبةِ؛ لأنها كانت حَلالًا له بالنِّكاح قبلَ ذلك.

ولو كانت تحتَه حُرّةٌ: فالحِيلةُ أن يُزوِّجها البائِعُ قبلَ الشِّراءِ، أو الْمُشتَري قبلَ القبضِ.. ممن يُوثَقُ به، ثم يَشترِيَها ويَقبِضَها، أو يَقبِضَها ثم يُطلِّقَ الزَّوجُ؛ لأن عندَ وُجودِ السَّببِ -وهو حُدوثُ الْمِلكِ الْمُؤكَّدِ بالقَبض- إذا لم يكن فرجُها حَلالًا له لا يَجِبُ الاستِبراءُ، وبعدَما طَلَّقها وإن زال الفِراشُ.. ولكن الحِلُّ لا يَثبُتُ بزَوال الفِراشِ، بل بالسَّبَب السّابِقِ، والْمُعتبَرُ أوانُ وُجودِ السَّبَبِ؛ لأن الاستِبراءَ لا يَجِبُ في حال دَوامِ الحِلِّ، كما إذا كانت مُعتدّةَ الغيرِ.

ولا يَقرَبُ الْمُظاهِرُ، ولا يَلمَسُ، ولا يُقبِّلُ، ولا يَنظُرُ إلى فَرجها بشَهوةٍ.. حتى

(١) في (ب) و(هـ): من سبب.

يُكفِّرَ؛ لأن الحُرمةَ قبلَ التَّكفيرِ إنما ثَبَتت للتَّشبيه بالأُمّ، فإنما تَثبُتُ على الوَجه الذي يَثبُتُ في الأُمّ، ثم التَّقبيلُ والمسُّ حَرامٌ في الأُمّ، فكذا في من شَبَّهها بالأُمّ.

ولأن الأصلَ حُرمةُ الدَّواعِي عندَ حُرمةِ الوطءِ؛ لأنها تُفضي إليه، وسبَبُ الحَرامِ حَرامٌ، كما في الاعتِكاف[1] والإحرامِ.

بخِلاف حالةِ الحيضِ والصَّومِ؛ حيث لا تَحرُمُ الدَّواعي فيهما: لأنّا تَركنا هذا الأصلَ فيهما بالنَّصّ، فقد رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يُقبِّلُ بعضَ نِسائِه وهو صائِمٌ[2]، ويُعانِقُ نِساءَه وهنَّ حُيَّضٌ، قالت أُمُّ سَلَمةَ: كُنتُ في فِراش النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فحِضتُ، فانسَللتُ من الفِراش، فقال: «مالكِ؟ أنفِستِ؟»، قُلتُ: نعم، قال: «ائتزِري وعُودِي إلى مَضجَعك»، ففَعَلتُ، فعانَقني طُولَ اللَّيلِ[3].

---

(١) في (د): الإعتاق.

(٢) رواه البخاري (١٩٢٧)، ومسلم (١١٠٦).

(٣) روى البخاري (٢٩٨) ومسلم (٢٩٦) عن أم سلمة قالت: بينا أنا مع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مضطجعة في خميصة، إذ حضت، فانسللت، فأخذت ثياب حيضتي، قال: «أنفست؟»، قلت: نعم، فدعاني، فاضطجعت معه في الخميلة.

وروى الإمام مالك ١/ ٥٨ عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن: أن عائشة زوج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كانت مضطجعة مع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ثوب واحد، وأنها قد وثبت وثبة شديدة، فقال لها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما لك؟ لعلك نفست»، يعني الحيضة، فقالت: نعم، قال: «شدي على نفسك إزارك ثم عودي إلى مضجعك».

وروى البخاري (٣٠٢) ومسلم (٢٩٣) عن عائشة قالت: كانت إحدانا إذا كانت حائضًا، فأراد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يباشرها: أمرها أن تتزر في فور حيضتها، ثم يباشرها، قالت: وأيكم يملك إربه كما كان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يملك إربه.

وروى مسلم (٢٩٥) عن كريب مولى ابن عباس قال: سمعت ميمونة زوج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ=

ولأن الحيضَ يَتكرَّرُ في كلِّ شهرٍ، وقد يَبلُغُ ثُلُثَ عُمرِها، والصَّومُ فرضُه يَمتدُّ شهرًا، ونفلُه يَمتدُّ أكثرَ العُمرِ، فتَحريمُ الدَّواعِي هنا مُفضٍ إلى الحَرَجِ؛ لأنهم يَعجِزون عن الامتِناع عن الدَّواعِي، أما الظِّهارُ: فإنه يَكونُ في وقتٍ، وكذا الإحرامُ يَكونُ في وقتٍ خاصٍّ، وكذا الاعتِكافُ[1]، فلو حَرَّمنا الدَّواعيَ لم يَقَعوا في الحَرَجِ.

ووطءُ كلِّ واحِدةٍ من أُختَين قَبَّلهما بشَهوةٍ، ودَواعِيه.. حتى يُحرِّمَ فرجَ الأُخرى، بمِلكٍ، ونِكاحٍ، وعَتقٍ.

ومَن له أَمتان أُختان قَبَّلهما بشَهوةٍ لا يَقرَبُ واحِدةً منهما، ولا يُقبِّلُها، ولا يَمَسُّها[2] بشَهوةٍ، ولا يَنظُرُ إلى فَرجها بشَهوةٍ.. حتى يُحرِّمَ فرجَ الأُخرى بمِلكٍ أو نِكاحٍ أو عَتقٍ.

والأصلُ: أن الجمعَ بينَ الأُختَين لا يَجوزُ وطئًا وعقدًا؛ لإطلاق قولِه تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النِّساء: ٢٣]، والْمُرادُ به: الجمعُ بينَهما عقدًا ووطئًا؛ لأنه مَعطوفٌ على قَوله تَعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٣]، والْمُرادُ به: تَحريمُ العقدِ والوطءِ بالإجماع، والْمَعطوفُ يُشارِكُ الْمَعطوفَ عليه في خَبَره، فيَجِبُ أن يَكونَ الْمُرادُ من الْمَعطوف هذا؛ تَحقيقًا لقَضِيّة العطفِ.

وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه سُئِل عن تَحريم الجمعِ بينَ الأُختَين وطئًا فقال: **أَحَلَّتهما آيةٌ -أي: قولُه تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ[3]﴾ [المؤمنون: ٦] -، وحَرَّمتُهما آيةٌ -أي: قولُه تَعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النِّساء: ٢٣] -[4]. فالتَّحريمُ أَولى.**

=قالت: كان رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يضطجع معي وأنا حائض، وبيني وبينه ثوب.

(١) في (د): الإعتاق.

(٢) في (ب) و(د): ولا يقبلهما ولا يمسهما.

(٣) في (هـ): أيمانكم.

(٤) روى البزار (٧٣٠) قال علي للناس: سلوني، فقال ابن الكواء: حدِّثنا عن الأختين المملوكتين،=

وكذا لا يَجوزُ الجمعُ بينَهما في الدَّواعِي؛ لإطلاق النَّصِّ، ولأن الدّاعيَ إلى الوَطء بمَنزِلة الوطءِ على ما بَيَّنّا، فإذا قَبَّلهما فكأنه وَطِئهما، ولو وَطِئهما فليس له أن يطَأَ إحداهما، ولا أن يَأتيَ بالدَّواعِي فيها[1]، فكذا إذا قَبَّلهما.

وكذا إذا مَسَّهما بشَهوةٍ، أو نَظَر إلى فَرجهما بشَهوةٍ؛ لِما بَيَّنّا، إلا أن يَملِكَ فرجَ الأُخرى غيرُه بمِلكٍ أو نِكاحٍ، أو يُعتِقَها؛ لأنه لم يَبقَ جامِعًا لَمّا حَرَّم فرجَها.

والْمُرادُ بقَوله: (بمِلكٍ): مِلكُ اليَمينِ، وهو يَتناوَلُ سائِرَ وُجوهِ التَّمليكِ بيعًا وهِبةً وغيرَهما.

وتَمليكُ البعضِ كتَمليك الكلِّ، وكذا إعتاقُ البعضِ كإِعتاق الكلِّ؛ لأن الوطءَ يَحرُمُ بهذا كما بالكلّ.

والكِتابةُ كالإِعتاق؛ لثُبوت حُرمةِ الوطءِ بها، حتى لو وَطِئها يَغرَمُ العُقرَ لها.

وبرَهْن إِحداهما وإجارتِها وتَدبيرِها لا تَحِلُّ الأُخرى؛ لأنها لا تَخرُجُ بها عن مِلكه.

وبقَوله: (أو نِكاحٍ): النِّكاحُ الصَّحيحُ، حتى لو زَوَّج[2] إحداهما نِكاحًا فاسِدًا

= وعن ابنة الأخ من الرضاعة، فقال: ذاهب أنت في التيه، فقال: إنما نسألك عما لا نعلم، فأما ما نعلم فما نسألك عنه، قال: أما الأختان المملوكتان فإنهما حرمتهما آية، وأحلتهما آية، فلا أحله ولا أحرمه، ولا آمر به، ولا أنهى عنه، ولا أفعله أنا ولا أحد من أهل بيتي، وأما ابنة الأخ من الرضاعة، فإني ذكرت ابنة حمزة لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: «إنها ابنة أخي من الرضاعة»، وهذا الحديث في قصة ابنة حمزة، قد روي عن علي من وجوه.

وروى عبد الرزاق (١٦٢٥٢) عن علي، قال: سألته عن رجل له أمتان أختان وطئ إحداهما، ثم أراد أن يطأ الأخرى، قال: لا، حتى يخرجها من ملكه، قال: قلت: فإن زوجها عبده، قال: لا، حتى يخرجها عن ملكه.

(١) في (ب) و(د) و(هـ): فيهما.

(٢) في (ب) و(د): تزوج.

لا يُباحُ له وطءُ الأُخرى إلا أن يَدخُلَ الزَّوجُ بها فيه؛ لأن العِدّةَ تَجِبُ عليها، والعِدّةُ كالنِّكاح الصَّحيحِ في التَّحريم على الْمَولى، فيَحِلُّ له أن يطَأَ أُختَها.

ولو وَطِئ إحداهما: حَلَّ له وطءُ الْمَوطوءةِ دونَ الأُخرى؛ لأنه يَصيرُ جامِعًا بوَطء الأُخرى لا بوَطء الْمَوطوءةِ.

وكلُّ امرَأتَين لا يُمكِنُ الجمعُ بينَهما نِكاحًا، بأن كانت إحداهما عمّةَ الأُخرى أو خالتَها: بمَنزِلة الأُختَين فيما ذَكَرنا.

وكُرِه تَقبيلُ رَجُلٍ(س)، ومُعانَقتُه(س)، ويُصافِحُه.

ويُكرَهُ أن يُقبِّلَ الرَّجُلُ فمَ الرَّجُلِ أو يدَه أو شيئًا منه، أو يُعانِقَه.

وذَكَر الطَّحاويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن هذا قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا بأسَ بالتَّقبيل والْمُعانَقةِ؛ لأن النَّبيَّ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ عانَق جَعفَرًا حين قَدِم من الحَبَشة، وقَبَّل ما بينَ عَينَيه، وذلك عندَ فتحِ خَيبَرَ، فقال: «لا أدري بماذا أُسَرُّ؟ بفَتح خَيبَرَ أم بقُدوم جَعفَرٍ»(١)، ....

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٥٤: روي أنه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ عانق جعفرًا حين قدم من الحبشة، وقبل بين عينيه: قلت: روي مسندًا ومرسلًا:

أما المسند: فعن ابن عمر، وجابر، وأبي جحيفة، وعائشة.

فحديث ابن عمر: أخرجه الحاكم في «المستدرك» (١١٩٦) عن ابن عمر قال: وجه رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعفر بن أبي طالب إلى بلاد الحبشة، فلما قدم منها اعتنقه النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقبل بين عينيه، قال الحاكم: إسناده صحيح، لا غبار عليه. انتهى.

وأما حديث جابر: فأخرجه الحاكم (٤٩٤١) عن جابر قال: لما قدم رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من خيبر قدم جعفر من الحبشة، فتلقاه رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقبل جبهته، وقال: «والله ما أدري بأيهما أفرح، بفتح خيبر أم بقدوم جعفر؟». انتهى، وسكت عنه.

وعانَق زيدَ بنَ حارِثةَ(١).

وكان أصحابُ النَّبيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يفعَلون ذلك(٢)، وكان الأعرابُ يُقبِّلون

= وأما حديث أبي جحيفة: فرواه الطبراني في «معجمه الوسط» (٢٠٠٣) و«الصغير» (٣٠) عن أبي جحيفة قال: قدم جعفر بن أبي طالب من أرض الحبشة، فقبل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما بين عينيه، وقال: «ما أدري أنا بقدوم جعفر أسر أو بفتح خيبر؟». انتهى، وقال: تفرد به الوليد بن عبد الملك. انتهى.

وأما حديث عائشة: فرواه الدارقطني في «العلل» (٣٧٦١) عنها قالت: لما قدم جعفر بن أبي طالب من أرض الحبشة خرج إليه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فعانقه. انتهى.

وأما المرسل: فعن الشعبي، وعن عبد الله بن جعفر.

فحديث الشعبي: أخرجه أبو داود (٥٢٢٠) عن الشعبي أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تلقى جعفر بن أبي طالب فالتزمه، وقبل ما بين عينيه. انتهى.

وحديث ابن جعفر: رواه البزار في «مسنده» (٢٢٤٩) عن إسماعيل بن عبد الله بن جعفر عن أبيه، قال: لما قدم جعفر من الحبشة أتاه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقبل بين عينيه، وقال: «ما أنا بفتح خيبر أشد فرحًا مني بقدوم جعفر»... إلخ. انتهى باختصار.

(١) روى الترمذي (٢٧٣٢) عن عائشة قالت: قدم زيد بن حارثة المدينة ورسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بيتي، فأتاه فقرع الباب، فقام إليه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عريانًا يجر ثوبه، والله ما رأيته عريانًا قبله ولا بعده، فاعتنقه وقبله. قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، لا نعرفه من حديث الزهري إلا من هذا الوجه.

(٢) روى الطحاوي في «معاني الآثار» (٦٩٠٥) حديث معانقة زيد رضي الله تعالى عنه، ثم قال: وقد روي في ذلك عن أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

ثم روى (٦٩٠٦) عن الشعبي: أن أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كانوا إذا التقوا تصافحوا، وإذا قدموا من سفر تعانقوا. وروى (٦٩٠٩) عن أم الدرداء قالت: قدم علينا سلمان، فقال: أين أخي؟ قلت: في المسجد، فأتاه، فلما رآه اعتنقه.

ثم قال الطحاوي: فدل ذلك على أن ما روي عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من إباحة المعانقة متأخر=

أطراف النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[1].

= عما روي عنه من النهي عن ذلك، فبذلك نأخذ. انتهى.

وروى الطبراني في «الأوسط» (٩٧) عن قتادة عن أنس قال: كان أصحاب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا تلاقوا تصافحوا، وإذا قدموا من سفر تعانقوا.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٥٧: أحاديث الإباحة -أي إباحة التقبيل-:

منها ما في حديث الإفك (عند أبي داود ٥٢١٩ وأصله في الصحيحين دون ذكر التقبيل)، فقال أبو بكر لعائشة: قومي فقبلي رأس رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ... الحديث.

حديث آخر: أخرج أبو داود (٢٦٤٧) والترمذي (١٧١٦) وابن ماجه (٣٧٠٤) عن ابن عمر أنه كان في سرية من سرايا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فذكر القصة، قال: فدنونا من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقبلنا يده، قال الترمذي: حديث حسن، لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد، ولم يذكر ابن ماجه القصة.

حديث آخر: أخرجه أبو داود (٥٢١٧) والترمذي (٣٨٧٢) والنسائي (في «الكبرى» ٨٣١١) عن عائشة بنت طلحة عن عائشة أم المؤمنين قالت: ما رأيت أحدًا أشبه سمتًا ودَلًّا، وهديًا برسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من فاطمة ابنته، قالت: وكانت إذا دخلت عليه قام إليها فقبلها، وأجلسها في محله، وكان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا دخل عليها قامت إليه فقبلته وأجلسته في محلها. انتهى. قال الترمذي: حديث حسن، وفي بعض النسخ: حسن صحيح.

حديث آخر: أخرجه الترمذي (٢٧٣٣) والنسائي (٤٠٧٨) وابن ماجه (٣٧٠٥) عن عبد الله بن سَلِمة عن صفوان بن عسال: أن قومًا من اليهود قبلوا يد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ورجليه. انتهى، قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقال النسائي: حديث منكر، قال المنذري: وكان إنكاره له من جهة عبد الله بن سَلِمة، فإن فيه مقالًا. انتهى.

حديث آخر: روى أبو داود (٥٢٢٥) عن الزارع بن عامر قال: فجعلنا نتبادر من رواحلنا، ونقبل يد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ورجله، ورواه البخاري في كتابه «المفرد في الأدب» (٩٧٥).

حديث آخر: أخرجه الترمذي (٩٨٩) وأبو داود (٣١٦٣) وابن ماجه (١٤٥٦) عن عائشة: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دخل على عثمان بن مظعون وهو ميت، فأكب عليه وقبّله، ثم بكى، حتى رأيت دموعه تسيل على وجنتيه. انتهى. قال الترمذي: حديث حسن صحيح. =

ولهما: حَديثُ أنسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قُلنا: يا رَسولَ اللهِ! أيَنحَني بعضُنا لبعضٍ؟ قال: «لا»، فقُلنا: أيُعانِقُ بعضُنا بعضًا[1]؟ فقال: «لا»، فقُلنا: أيُصافِحُ بعضُنا بعضًا؟ قال: «نعم»[2].

= حديث آخر: أخرجه أبو داود (٥٢٢٤) عن أسيد بن حضير قال: بينا هو يحدث القوم يضحكهم، وكان فيه مزاح، فطعنه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في خاصرته، فقال: أصبرني يا رسول الله، قال: «اصطبر»، قال: إن عليك قميصًا وليس علي قميص، فرفع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن قميصه فاحتضنه، وجعل يقبل كشحه، وقال: إنما أردت هذا يا رسول الله. انتهى.

حديث آخر: أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٧٣٢٦) عن صالح بن حيان عن عبد الله بن بريدة عن أبيه: أن رجلا أتى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسول الله! أرني شيئًا أزداد به يقينًا، فقال له: «اذهب إلى تلك الشجرة فادعها»، فذهب إليها، فقال: إن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يدعوك، فجاءت حتى سلمت على النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثم قال لها: «ارجعي»، فرجعت، قال: ثم أذن له فقبل رأسه ورجليه، وقال: «لو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها». انتهى، وقال: صحيح الإسناد، وتعقبه الذهبي فقال: صالح بن حيان متروك. انتهى، ورواه البزار في «مسنده» (٤٤٥٠)، وقال فيه: فقبل رأسه ويديه ورجليه، وقال: لا يعلم في تقبيل الرأس غير هذا الحديث. انتهى، وأعجب منه كيف غفل عن حديث الإفك، قال المنذري في «مختصره»: وقد صنف الحافظ أبو بكر الأصبهاني المعروف بابن المقرئ جزءًا في الرخصة في تقبيل اليد، ذكر فيه أحاديث وآثار عن الصحابة والتابعين. والله أعلم. انتهى مختصرًا.

قلت: ولابن الأعرابي جزء أيضًا في هذا سماه: «القبل والمعانقة والمصافحة»، أورد فيه ثلاثة وأربعين حديثًا وأثرًا، وهو مطبوع متداول.

(١) في سوى (هـ): لبعض.

(٢) رواه بلفظ قريب: الإمام أحمد (١٣٠٤٤)، والترمذي (٢٧٢٨)، وابن ماجه (٣٧٠٢).

لفظ الإمام أحمد: عن أنس بن مالك قال: قال رجل: يا رسول الله! أحدنا يلقى صديقه، أينحني له؟ قال: فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا»، قال: فيلتزمه ويقبله؟ قال: «لا»، قال: فيصافحه؟ قال: «نعم=

ورُوِي عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه نَهى عن الْمُكامَعة -وهي الْمُضاجَعةُ والْمُعانَقةُ-، وعن الْمُكاعَمة -وهي التَّقبيلُ-(١).

وما رَواه(٢) مَحمولٌ على ما قبلَ التَّحريمِ.

= إن شاء».

ولفظ الترمذي: عن أنس بن مالك قال: قال رجل: يا رسول الله! الرجل منا يلقى أخاه أو صديقه، أينحني له؟ قال: «لا»، قال: أفيلتزمه ويقبله؟ قال: «لا»، قال: أفيأخذ بيده ويصافحه؟ قال: «نعم».

ولفظ ابن ماجه: عن أنس بن مالك قال: قلنا: يا رسول الله! أينحني بعضنا لبعض؟ قال: «لا»، قلنا: أيعانق بعضنا بعضًا؟ قال: «لا، ولكن تصافحوا».

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٥٦: رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٧٥٩٧) عن أبي ريحانة صاحب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -واسمه شمعون- قال: كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ينهى عن مكامعة أو مكاعمة المرأة المرأة، ليس بينهما شيء، وعن مكامعة أو مكاعمة الرجل الرجل، ليس بينهما شيء. انتهى. وكذلك رواه في «مسنده» (٧٣٤)، ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام في أول «غريبه» (١/ ١٧١) حدثني أبو النضر عن الليث بن سعد عن عياش بن عباس رفعه إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أنه نهى عن المكاعمة والمكامعة. انتهى، قال أبو عبيد: والمكاعمة: أن يلثم الرجل فاه صاحبه، مأخوذ من كعام البعير، وهي أن يشد فاه إذا هاج، والمكامعة: أن يضاجع الرجل صاحبه في ثوب واحد، وكذلك قيل لزوج المرأة كميع. انتهى كلامه.

وأخرج منه أبو داود (٤٠٤٩) والنسائي (٥٠٩١) حديث المكامعة فقط.. عن أبي ريحانة قال: نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن عشرة: عن الوشر، والوشم، والنتف، ومكامعة الرجل الرجل بغير شعار، ومكامعة المرأة المرأة بغير شعار، وأن يجعل الرجل في أسفل ثيابه حريرًا مثل الأعاجم، وأن يجعل على منكبيه حريرًا، وعن النُّهبى، وركوب النمور، ولبوس الخاتم إلا لذي سلطان. انتهى.

ورواه أحمد في «مسنده» (١٧٢٠٩)، ورواه ابن ماجه (٣٦٥٥) عن ابن أبي شيبة بسنده المتقدم سواء: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان ينهى عن ركوب النمور. انتهى.

(٢) أي الإمام أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى من أحاديث إباحة التقبيل.

والشَّيخُ أبو مَنصورٍ الماتُريديُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ وَفَّق بينَ الأحاديثِ فقال: الْمَكروهُ من الْمُعانَقة ما كان على وَجه الشَّهوةِ، فأما على وَجه البِرِّ والكَرامةِ: فجائزٌ.

وإنما[1] الخِلافُ فيما إذا لم يكن عليهما غيرُ الإزارِ، أما إذا كان عليه قَميصٌ أو جُبّةٌ: فلا بأسَ به بالإجماع، وهو صَحيحٌ.

ورَخَّص بعضُ الْمُتأخِّرين تَقبيلَ يدِ العالِمِ أو الْمُتورِّع على سَبيل التَّبرُّكِ، وعن سُفيانَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: تَقبيلُ يدِ العالِمِ سُنّةٌ.

وتَقبيلُ يدِ غيرِه لا يُرخَّصُ فيه، قال الصَّدرُ الشَّهيدُ: هو الْمُختارُ.

وما يَفعَلُه الجُهّالُ من تَقبيل يدِ نفسِه إذا لَقِي غيرَه: فهو مَكروهٌ، فلا رُخصةَ فيه.

وما يَفعَلون من تَقبيل الأرضِ بينَ يَدَي[2] العُلَماءِ فحَرامٌ، والفاعِلُ والرّاضِي به آثِمان؛ لأنه يُشبِهُ عِبادةَ الوثَنِ.

وذَكَر الصَّدرُ الشَّهيدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يُكفَرُ بهذا السُّجودِ؛ لأنه يُرِيدُ به التَّحِيّةَ دونَ العِبادةِ، وقال شمسُ الأئمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: السُّجودُ لغَير اللهِ تَعالى على وَجه[3] التَّعظيمِ كُفرٌ.

ولا بأسَ بالْمُصافَحة؛ لِما رَوَينا، ولأنها سُنّةٌ قَديمةٌ مُتوارَثةٌ في البَيعة وغيرِ ذلك[4]،

---

(١) في (ز): قالوا.

(٢) مثبتة من (د).

(٣) في (ب): سبيل.

(٤) قال في «التلخيص الحبير» ٤/ ٣١٣: قوله: كانت المبايعة في زمن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالمصافحة: أبو نعيم في «المعرفة» (٧٥٤٥) من حديث نهية بنت عبد الله البكرية قالت: وفدت مع أبي على النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فبايع الرجال وصافحهم، وبايع النساء ولم يصافحهن، ونظر إلي فدعاني، =

وقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من صافَح أخاه الْمُسلِمَ وحَرَّك يدَه تناثَرت ذُنوبُه»[١]، وقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ما من مُسلِمَين يَلتقِيان فيَتصافَحان إلا غُفِر لهما قبلَ أن يَتفرَّقا»[٢].

وأما القِيامُ لتَعظيم الغيرِ: فعن الشَّيخ أبي القاسِمِ الحَكيمِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إذا دَخل عليه أحدٌ من الأغنِياء يَقومُ له ويُعظِّمُه، ولا يَقومُ للفُقَراء وطلَبةِ العِلمِ، فقِيل له في ذلك، فقال: لأن الأغنِياءَ يَتوقَّعون مني التَّعظيمَ، فلو تَركتُ تَعظيمَهم لتَضرَّروا، ولا يَطمَعُ الفُقَراءُ وطلَبةُ العِلمِ مني ذلك، وإنما يَطمَعون مني جَوابَ السَّلامِ والتَّكلُّمَ معهم في العِلم ونحوِه، فلا يَتضرَّرون بتَرك القِيامِ.

= ومسح على رأسي، ودعا لي ولولدي. قال: فولد لها ستون ولدًا، أربعون رجلًا، وعشرون امرأة، استشهد منهم عشرون. وفي الصحيحين عن عائشة: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يكن يصافح النساء. ورواه أحمد من حديث ابن عمرو كذلك، وروى الطبراني من حديث معقل بن يسار: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يصافح النساء في بيعة الرضوان من تحت الثوب. وروى ابن حبان من حديث أميمة بنت رقيقة مرفوعًا: «إني لا أصافح النساء».

وروى أحمد من حديث أبي عبد الرحمن الجهني قال: بينا نحن عند رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذ طلع راكبان... الحديث، وفيه: إن كلًّا منهما قال: أرأيت من آمن بك وصدقك واتبعك ولم يرك؟ قال: «طوبى له، ثم طوبى له»، فمسح على يده وانصرف.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٥٩: روى الطبراني في «معجمه الوسط» (٢٤٥) عن حذيفة بن اليمان عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إن المؤمن إذا لقي المؤمن فسلم عليه وأخذه بيده فصافحه: تناثرت خطاياهما كما يتناثر ورق الشجر». انتهى.

وأخرجه البيهقي في «شعب الإيمان» (٨٥٥١) عن حذيفة مرفوعًا نحوه سواء، وأخرج أيضًا (٨٥٥٥) عن يزيد بن البراء بن عازب عن أبيه، قال: دخلت على النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرحب بي، وأخذ بيدي، ثم قال لي: «يا براء! أتدري لم أخذت بيدك؟»، قال: خيرًا يا رسول الله، قال: «لا يلقى مسلم مسلمًا، فيرحب به، ويأخذ بيده إلا تناثرت الذنوب بينهما كما يتناثر ورق الشجر». انتهى.

(٢) رواه الإمام أحمد (١٨٥٤٧)، وأبو داود (٥٢١٢)، والترمذي (٢٧٢٧)، وابن ماجه (٣٧٠٣).

الفَصْلُ الخَامِسُ
فِي البَيْعِ وَالاحْتِكَارِ وَالإِجَارَةِ وَغَيْرِهَا

وبيعُ عَذِرةٍ(و)[1]، لا سِرْقينٍ(ف)[2].

ويُكرَهُ بيعُ العَذِرةِ، وهي: رَجيعُ الآدميِّ.

ولا بأسَ ببَيع السِّرْقينِ، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ بيعُ السِّرْقينِ أيضًا؛ لأنه نجِسُ العَينِ، فلم يكن مالًا، ولم[3] يَجُز بيعُه، كالعَذِرة وجِلدِ الميْتةِ قبلَ الدَّبغِ.

ولنا: أنه مالٌ، فيَجوزُ بيعُه؛ وهذا لأن المالَ ما يُنتفَعُ به ويُتموَّلُ، وقد تَموَّل الْمُسلِمون السِّرْقينَ وانتفَعوا به؛ فإنهم يُلقُون[4] في الأراضِي لاستِكثارِ الرَّيعِ من غَير نكيرٍ من أحدٍ من السَّلَف.

---

(١) العَذِرة -وزان كلمة-: الخرء، ولا يعرف تخفيفها، وتطلق العَذِرة على فِناء الدار؛ لأنهم كانوا يلقون الخرء فيه، فهو مجاز من باب تسمية الظرف باسم المظروف، والجمع عَذِرات. «المصباح» ٢/ ٣٩٨.

(٢) السرجين: الزبل، كلمة أعجمية، وأصلها سركين بالكاف، فعربت إلى الجيم والقاف، فيقال: سرقين أيضًا، وعن الأصمعي: لا أدري كيف أقوله، وإنما أقول: رَوث، وإنما كُسر أوله لموافقة الأبنية العربية، ولا يجوز الفتح لفقد فَعْلِين بالفتح، على أنه قال في «المحكم»: سِرجين وسَرجين. «المصباح» ١/ ٢٧٢.

(٣) في (ج) و(ز): فلم.

(٤) في (ب) و(د) و(هـ): يلقونه.

بخِلاف العَذِرةِ؛ لأن العادةَ في الانتِفاع بها لم تُوجَد، وإنما يُنتفَعُ بها مَخلوطةً برَمادٍ أو تُرابٍ غالِبٍ عليها بإلقائها في الأراضِي، والْمَخلوطُ مالٌ مُتقوِّمٌ يَجوزُ بيعُه والانتِفاعُ به في الصَّحيح.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا بأسَ بالانتِفاع بالعَذِرة الخالِصةِ.

ومن عَلِم بأمةٍ أنها لرَجُلٍ، فرَأى آخرَ يَبيعُها وقال: (وَكَّلني صاحِبُها ببَيعها): فإنه يَسَعُه أن يَبتاعَها ويطَأَها؛ لأن خبَرَ الواحِدِ في الْمُعامَلات مَقبولٌ، وإن كان فاسِقًا أو كافِرًا أو عبدًا؛ لِما مَرّ، وقد أخبَر بخبَرٍ صَحيحٍ لا مُنازِعَ له، فيُقبَلُ.

وكذا لو قال: (اشتَريتُها منه) أو (وَهَبها لي) أو (تَصدَّق بها عليّ)؛ لِما قُلنا.

وهذا إذا كان ثِقةً، وإن كان غيرَ ثِقةٍ وأكبَرُ رأيِه أنه صادِقٌ: فكذلك؛ لأن في الْمُعامَلات لا يُمكِنُ اعتِبارُ العَدالةِ في كلِّ خبَرٍ؛ للحَرَج والضَّرورة.

وإن كان أكبَرُ رأيِه أنه كاذِبٌ: لم يَسُغ[1] له أن يَعرِضَ[2] لشيءٍ من ذلك؛ لأن أكبَرَ الرَّأيِ كاليَقين، قال النَّبيُّ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ لوابِصةَ بنِ مَعبَدٍ: «ضَع يدَك على صَدرك واستَفتِ قلبَك، فما حَكَّ[3] في صَدرك فدَعْه، وإن أَفتاك النّاسُ به»[4].

---

(١) في (أ) و(ز): لم ينبغ.

(٢) في (ج) و(ز): يتعرض.

(٣) في (ز): حاك.

(٤) لم أقف عليه بهذا السياق، وورد مجموعه بألفاظ متقاربة في أحاديث مختلفة، أول ذلك الرواية المشهورة لهذا الحديث، وهي ما روى الإمام أحمد (١٨٠٠١) والدارمي (٢٥٧٥) والطبراني (٢٢/ ١٤٨) وأبو يعلى (١٥٨٦) واللفظ له: عن وابصة بن معبد قال: أتيت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأنا أريد أن لا أدع شيئًا من البر والإثم إلا سألته عنه، وإذا عنده جمع، فذهبت أتخطى الناس، فقالوا: إليك يا وابصة عن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، إليك يا وابصة، فقلت: أنا وابصة، دعوني أدنو منه، فإنه من أحب=

وكذا لو لم يَعلَم أنها لفُلانٍ، ولكن أخبَره ذو اليدِ أنها لفُلانٍ، وأنه وَكَّله ببَيعها أو وَهَبها له أو اشتَراها منه؛ لأن إقرارَه بالْمِلك للغَير حُجّةٌ في حقِّ الْمُقِرِّ شرعًا، فهذا في حقِّ السّامعِ بمَنزِلة ما لو عَلِم مِلكَ الغيرِ، بأن عايَنه في يَده.

فإن كان الْمُخبِرُ ثِقةً: صَدَّقه فيما أخبَر به، وكذا إن كان غيرَ ثِقةٍ، وأكبَرُ رأيِه أنه صادِقٌ فيه: صَدَّقه أيضًا، وإن كان أكبَرُ رأيِه أنه كاذِبٌ: لم يَقبَل ذلك منه، ولم يَشتَرِه.

= الناس إلي أن أدنو منه، فقال لي: «ادن يا وابصة، ادن يا وابصة»، فدنوت منه حتى مست ركبتي ركبته، فقال: «يا وابصة! أخبرك ما جئت تسألني عنه، أو تسألني؟»، فقلت: يا رسول الله! فأخبرني، قال: «جئت تسألني عن البر والإثم؟»، قلت: نعم، فجمع أصابعه الثلاث، فجعل ينكت بها في صدري، ويقول: «يا وابصة! استفت نفسك، البر ما اطمأن إليه القلب، واطمأنت إليه النفس، والإثم ما حاك في القلب، وتردد في الصدر، وإن أفتاك الناس وأفتوك».

وفي لفظ للإمام أحمد (١٨٠٠٦): «يا وابصة! استفت قلبك، واستفت نفسك -ثلاث مرات- البر ما اطمأنت إليه النفس، والإثم ما حاك في النفس، وتردد في الصدر، وإن أفتاك الناس وأفتوك».

وروى الحكيم الترمذي في «نوادر الأصول» ١/ ٢٣٩: عن عثمان بن عطاء عن أبيه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: رجل أتى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسول الله! أفتنا إن ابتلينا بالبقاء بعدك، قال: «تفتيك نفسك»، قال: وكيف تفتيني نفسي؟ قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ضع يدك على صدرك، فإنه يسكن للحلال، ويضطرب من الحرام، دع ما يريبك إلى ما لا يريبك، وإن أفتاك المفتون، إن المؤمن يذر الصغير مخافة أن يقع في الكبير».

وروى الطبراني في «مسند الشاميين» (٢٣٢٤) عن أنس بن مالك قال: أتى رجل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسول الله! أفتنا في أشياء إن ابتلينا بالبقاء بعدك، قال: «لتعزل نفسك»، قال: فكيف لي بأن يعنيني نفسي؟ قال: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»، قال: وكيف لي بأن أعلم ذلك؟ قال: «إذا هممت بأمر فضع يدك على صدرك، فإن الصدر يضرب للحرام، وإن المرء إذا كان ورعًا مسلمًا يترك الصغيرة خشية أن يقع في الكبيرة».

وروى الطبراني (٢٩٩٣) عن أبي أمامة قال: قال رجل: ما الإثم يا رسول الله؟ قال: «ما حاك في صدرك فدعه».

وإن لم يُخبِره صاحِبُ اليدِ بشيءٍ.. إن كان عَرَفها للأوَّل: لم يَشترِها حتى يَعلَمَ انتِقالَها إلى مِلك الثّانِي؛ لأن يدَ الأوَّلِ دَليلُ مِلكِه، وإن كان لا يَعرِفُ ذلك: له أن يَشترِيَها، وإن كان ذو اليدِ فاسِقًا؛ لأن اليدَ دَليلُ الْمِلكِ شرعًا، والفاسِقُ والعَدْلُ في هذا الدَّليلِ سَواءٌ، حتى إذا نازَعه غيرُه فالقولُ له، ويَحِلُّ لمن رَآه في يَده أن يَشهَدَ له بالْمِلك.

ولا مُعتبَرَ بأكبَر الرَّأيِ عندَ وُجودِ الدَّليلِ الظّاهِرِ، كما لا عِبرةَ بالقِياس عندَ وُجودِ النَّصِّ، إلا أن يَكونَ مِثلُه لا يَتملَّكُ مِثلَ ذلك العَينِ، فحينَئذٍ يُستحَبُّ له أن يَتنزَّهَ عنه ولا يَشترِيَه، وذلك كدُرّةٍ رَآها في يَد فَقيرٍ لا يَملِكُ شيئًا، أو رَأى كِتابًا في يَد جاهِلٍ، ولم يكن في آبائه من هو أهلٌ لذلك، فيَظُنُّ كلُّ أحدٍ أنه سارِقٌ لذلك العَينِ، فكان التَّنزُّهُ عن شِرائه أفضلَ، ومع ذلك لو اشتَراها يُرجى أن يَكونَ في سَعةٍ من ذلك؛ لأنه اعتمَد دَليلًا شَرعيًّا.

وإن كان الذي أَتاه بها عبدًا أو أمةً: لم يَسُغ[1] له أن يَشترِيَها ويَقبَلَها حتى يَسألَه؛ لأنه عالِمٌ أنها لغَيره، واليدُ في حقِّ الْمَملوكِ ليس بمُطلِقٍ للتَّصرُّف؛ لوُجود الرِّقِّ الْمُنافِي للمِلك والمانِعِ من التَّصرُّف، ما لم يُوجَد الإذنُ.

فإن أخبَره أن مَولاه أذِن له وهو ثِقةٌ: فلا بأسَ بالشِّراء منه والقَبولِ، وإن كان غيرَ ثِقةٍ.. فإن كان أكبرُ رأيِه أنه صادِقٌ فيما قال: صَدَّقه، وإن كان أكبرُ رأيِه أنه كاذِبٌ، أو لم يكن له رأيٌ: لم يَشترِها؛ لأن الحاجِرَ[2] عن التَّصرُّف ظاهِرٌ، فلا يَكونُ له أن يَتصرَّفَ معه بمُجرَّد خبَرِه ما لم يَترجَّح جانِبُ الصِّدقِ فيه بنَوع دَليلٍ، ولم يُوجَد.

ولو أن امرَأةً غاب عنها زوجُها، فأخبَرها مُسلِمٌ ثِقةٌ أن زوجَها طلَّقها ثلاثًا، أو مات عنها، أو كان غيرَ ثِقةٍ، فأتاها بكِتابٍ من زَوجها بالطَّلاق، ولا تَدري أنه كِتابُه أم لا، إلا

---

(١) في (أ) و(ز): لم ينبغ.

(٢) في (ب): الحاجز.

أن أكبرَ رأيِها أنه حقٌّ: فلا بأسَ بأن تَعتدَّ وتَتزوَّجَ؛ لأن القاطِعَ طارِئٌ، ولا مُنازِعَ.

وكذا لو قالت لرَجُلٍ: (طَلَّقني زَوجي، ومَضَت عِدّتي): فلا بأس بأن يَتزوَّجَها إذا وَقَع في قَلبه أنها صادِقةٌ.

وكذا لو قالت المُطلَّقةُ ثَلاثًا: (مَضَت عِدّتي، وتَزوجَّتُ بآخَرَ، ودَخَل بي، ثم طَلَّقني ومَضَت عِدّتي): فلا بأسَ بأن يَتزوَّجَها الزَّوجُ الأوَّلُ إذا كانت ثِقةً، أو وَقَع في قَلبه أنها صادِقةٌ.

وكذا لو قالت: (كُنتُ أمةً لفُلانٍ، فأعتَقني)، وهي ثِقةٌ، أو وَقَع في قَلبه أنها صادِقةٌ؛ لأن القاطِعَ طارِئٌ.

ولو أخبَرها أن أصلَ النِّكاحِ كان فاسِدًا، أو كان الزَّوجُ حينَ تَزوَّجها مُرتدًّا، أو أَخاها رَضاعًا: لم يُقبَل قولُه، ولم يَسَعها أن تَتزوَّجَ حتى يَشهَدَ بذلك رَجُلان أو رَجُلٌ وامرأتان.

وكذا لو أخبَره مُخبِرٌ أنك تَزوَّجتَها وهي مُرتدّةٌ، أو أُختُك رَضاعًا: لم يَتزوَّج بأُختها وأربَعٍ سِواها حتى يَشهَدَ بذلك عَدْلان؛ لأنه أخبَر بفَسادٍ مُقارِنٍ، والإقدامُ على النِّكاح أمارةٌ بَيِّنةٌ على صِحّته وإنكارِ فَسادِه، فثَبَت الْمُنازِعُ بالظّاهِر.

بخِلاف ما لو كانت الْمَنكوحةُ صَغيرةً، فأخبَر الزَّوجُ أنها ارتَضَعت من أُمِّه أو أُختِه؛ فإنه يُقبَلُ قولُ الواحِدِ فيه؛ لأن القاطِعَ طارِئٌ، فلم يَثبُت الْمُنازِعُ.

فالحاصِلُ: أنّا لم نَقبَل خبَرَ الواحِدِ في مَوضِع الْمُنازَعةِ؛ لحاجتنا إلى الإلزام[1]، وقَبِلنا في مَوضِع الْمُسالَمةِ؛ لعَدَمه.

---

(١) في (ب) و(د): الالتزام.

ولو كانت جارِيةٌ صَغيرةٌ لا تُعبِّرُ عن نَفسها في يَد رَجُلٍ يَدَّعي أنها له، فلما كَبِرت لَقِيها رَجُلٌ في بلَدٍ آخرَ، فقالت: (أنا حُرّةُ الأصلِ): لم يَسَعه أن يَتزوَّجها؛ لوُجود الْمُنازِعِ، وهو ذو اليدِ، بخِلاف ما لو قالت: (أعتقَني).

وأخذُ ربِّ الدَّينِ ثَمَنَ خمرٍ باعَها مُسلِمٌ، لا كافِرٌ.

وإذا باع الْمُسلِمُ خمرًا وأخذ ثَمَنَها، وعليه دَينٌ: يُكرَهُ لربِّ الدَّينِ أن يَأخُذَ منه، وإن كان البائِعُ نَصرانيًّا فلا بأسَ به.

والفرقُ: أن بيعَ الْمُسلِمِ الخمرَ باطِلٌ غيرُ مُنعقِدٍ؛ لِما مَرَّ أنه لا قِيمةَ للخَمر في حقِّ الْمُسلِمين، فلم يَنعقِد البيعُ، وإذا لم يَنعقِد البيعُ لم يَجِب الثَّمَنُ، فلم يَملِكه، فلم يَصِحَّ قَضاؤُه.

فأما بيعُ الذِّمِّيِّ الخمرَ: فصَحيحٌ؛ لأنها مالٌ في حقِّه، فمَلَك الثَّمَنَ، فصَحَّ قَضاؤُه.

واحتِكارُ[1] قُوتٍ(س)[2] في بَلَدٍ يُضِرُّ بأَهله، لا غَلّةِ ضَيعتِه، وما جَلَبه من بَلَدٍ آخرَ.

ويُكرَهُ الاحتِكارُ في أَقوات الآدَميِّين والبَهائِمِ إذا كان ذلك في بلَدٍ يُضِرُّ الاحتِكارُ بأَهله، وكذا التَّلقِّي، فأما إذا كان لا يُضِرُّ: فلا بأسَ به.

الاحتِكارُ: حبسُ الطَّعامِ للغَلاء، افتِعالٌ من (حَكَر): إذا ظَلَم ونَقَص، وحَكَر بالشَّيء: إذا استَبدَّ به وحَبَسه عن غَيره.

والأصلُ في كَراهِيَة الاحتِكارِ: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الجالِبُ مَرزوقٌ، والْمُحتكِرُ

(١) الاحتكار: اشتراء قوت البشر والبهائم وحبسه إلى الغلاء، والاسم الحُكرة. «التعريفات الفقهية» ص١٨.

(٢) القوت: ما به قوام بدن الإنسان من الطعام، ومنه قولهم -أي الشافعية-: علة تحريم ربا الفضل في الأصناف الأربعة: الاقتيات والادخار. «لغة الفقهاء» ص٨٣.

مَلعونٌ»[1]، وقولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من احتكَر على النّاس الطَّعامَ رَماه اللهُ بالجُذام والإفلاسِ»[2]، وفي رِوايةٍ: «من احتكَر الطَّعامَ أربَعين يومًا يَطلُبُ القحطَ.. فعليه لَعنةُ اللهِ والْمَلائكةِ والنّاسِ أجمَعين، لا يَقبَلُ اللهُ تَعالى منه صَرفًا ولا عَدْلًا»[3]، فالصَّرفُ: النَّفلُ، والعَدْلُ: الفرضُ.

ولأن حقَّ العامّةِ قد تَعلَّق فيما جُلِب إلى الْمِصر، فالْمُحتكِرُ يُريدُ إبطالَ حقِّهم وتَضييقَ الأمرِ عليهم، فيُكرَهُ إذا كان يُضِرُّ بهم، بأن كان البلَدُ صَغيرًا، بخِلاف ما إذا لم يُضِرَّ، بأن كان البلَدُ كَبيرًا؛ لأنه حَبَس مِلكَه، ولم يُضِرَّ بغَيره.

وكذا التَّلقِّي على هذا التَّفصيلِ.

وصُورةُ التَّلقِّي: أن يَخرُجَ من البَلَد إلى القافِلة التي جاءت بالطَّعام، واشتَراها خارِجَ البلَدِ، وهو يُريدُ حبسَها، ويَمتنِعُ عن بَيعها، ولم يَترُكْ حتى تَدخُلَ القافِلةُ البلَدَ.

والأصلُ في كَراهِيَته: نهيُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ عن تلقِّي الجلَبِ[4]، وعن تَلقي

---

(١) رواه ابن ماجه (٢١٥٣)، والدارمي (٢٥٨٦)، وعبد بن حميد (٣٣)، والبيهقي (١١١٥١).

(٢) رواه الإمام أحمد (١٣٥)، وابن ماجه (٢١٥٥)، كلاهما بلفظ: «ضربه» بدل «رماه»، ولفظ الإمام أحمد أيضًا «ضربه الله بالإفلاس أو بجذام».

(٣) لم أقف عليه في وعيد المحتكر، وورد في وعيد غيره.

وروى الإمام أحمد (٤٨٨٠) وابن أبي شيبة (٢٠٣٩٦) وأبو يعلى (٥٧٤٦) والحاكم (٢١٦٥) عن ابن عمر عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من احتكر طعامًا أربعين ليلة فقد برئ من الله تعالى، وبرئ الله تعالى منه، وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله تعالى».

وذكر في «جامع الأصول» ١/ ٥٩٥ عن عبد الله بن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من احتكر طعامًا أربعين يومًا يريد به الغلاء فقد برئ من الله، وبرئ الله منه». قال ابن الأثير: ذكره رزين ولم أجده.

(٤) رواه البخاري معلقًا (٣/ ٧٠)، ومسلم (١٥١٩).

الرُّكبانِ[1].

قالُوا: هذا إذا لم يُلبِّس الْمُتلقِّي سِعرَ البلَدِ على التُّجّار، فإن لَبَّس فهو مَكروهٌ في الوَجهَين؛ لأنه غَدَر بهم.

ثم الاحتِكارُ الْمَنهيُّ في الأَشياء التي هي قوتُ النّاسِ والبَهائمِ، كالبُرّ، والشَّعيرِ، والعِنَبِ، والتَّمرِ، والتِّبنِ[2]، والقَتِّ.. قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، **وعليه الفتوى**.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: كلُّ مالٍ أضَرَّ بالعامّة حبسُه فهو احتِكارٌ، وإن كان ذهَبًا أو فِضّةً أو ثَوبًا، فاعتبَر الضَّرَرَ أينما وُجِد، وإن لم يكن مَعهودًا، وهما اعتبَرا الضَّرَرَ الْمُعتادَ الغالِبَ.

ثم الْمُدّةُ إذا قَصُرت لا يَكونُ احتِكارًا؛ لعَدَم الضَّرَرِ، وإن طالت يَكونُ احتِكارًا مَكروهًا؛ لوُجود الضَّرَرِ، والفاصِلُ أربَعون يومًا؛ لِما رَوَينا[3]، وقِيل: الشَّهرُ؛ لأنه كَثيرٌ آجِلٌ، وما دونَه قَليلٌ عاجِلٌ؛ لِما مَرَّ في الأَيمان والسَّلَمِ.

ويَقَعَ التَّفاوُتُ في الْمَأثَم بينَ أن يَنتظِرَ العِزّةَ وبينَ أن يَنتظِرَ القحطَ نَعوذُ بالله.

وقِيل: الْمُدّةُ للعُقوبة في الدُّنيا؛ لأن الجِنايةَ لا تَظهَرُ عندَ قُصورِ الْمُدّةِ، فلا يُعاقَبُ، وإذا امتَدَّت الْمُدّةُ ظَهَرت الجِنايةُ، فيُعاقَبُ، فأما في حُكم الْمَأثَمِ: فلا يُشترَطُ الامتِدادُ، فيَأثَمُ وإن قَلَّت الْمُدّةُ؛ لتَحقُّق الضَّرَرِ.

والحاصِلُ: أن التِّجارةَ في الطَّعام غيرُ مَحمودةٍ.

ومَن احتكَر غَلّةَ ضَيعتِه أو ما جَلَبه من بلَدٍ آخرَ: فليس بمُحتكِرٍ.

---

(١) رواه البخاري (٢٢٧٤)، ومسلم (١٥١٥).

(٢) في (هـ): والتين.

(٣) أي حديث: «من احتكَر الطَّعامَ أربَعين...».

أما الأوَّلُ: فلأن ذلك خالِصُ حقِّه لا حقَّ لأحدٍ فيه، فلم يكن في الحَبس مُبطِلًا حقَّهم، وله أن لا يَزرَعَ، فله أن لا يَبيعَ.

وأما الثّاني: فالْمَذكورُ قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن حقَّ العامّةِ إنما يَتعلَّقُ فيما جُمِع في الْمِصر وجُلِب إلى فِنائها، فأما في غَير ذلك: فلا.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُكرَهُ؛ لإطلاق ما رَوينا(١).

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كلُّ بُقعةٍ يُجلَبُ منها إلى الْمِصر في العادة فهو بمَنزِلةِ فِناءِ الْمِصرِ، يَحرُمُ الاحتِكارُ فيه؛ لتَعلُّق حقِّ العامّة به.

وتَسعيرُ(ك)(٢) إمامٍ.

ولا يَنبَغي للسُّلطان أن يُسعِّرَ على النّاس؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا تُسعِّروا؛ فإن اللهَ هو الْمُسعِّرُ القابِضُ الباسِطُ الرّازِقُ»(٣)، ورُوِي أن رَجُلًا قال لرَسول اللهِ

---

(١) أي الأحاديث الناهية عن الاحتكار.

(٢) سَعّرت الشيء تسعيرًا: جعلت له سعرًا معلومًا ينتهي إليه، وأسعرته بالألف لغةٌ. «المصباح» ١/ ٢٧٧.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٦٢: روي من حديث أنس، ومن حديث أبي جحيفة، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث الخدري.

فحديث أنس: أخرجه أبو داود (٣٤٥١)، والترمذي (١٣١٤)، وابن ماجه (٢٢٠٠) عن أنس: قال الناس: يا رسول الله! غلا السعر، فسعر لنا، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق، وإني لأرجو أن ألقى الله، وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة من دم ولا مال». انتهى. قال الترمذي: حديث حسن صحيح. انتهى، ورواه الدارمي، والبزار، وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم، ورواه ابن حبان في «صحيحه»، لم يذكر فيه المسعر، هكذا وجدته في نسختين.

وأما حديث أبي جحيفة: فرواه الطبراني في «معجمه» عن أبي جحيفة قال: قالوا: يا رسول الله! سعر لنا... الحديث، إلا أنه قال: «في عرض ولا مال». =

صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: ألا تُسعِّرُ يا رَسولَ اللهِ! قال: «بل أَدعو»، فقال آخرُ: سَعِّر يا رَسولَ اللهِ! فقال: «بل اللهُ يَخفِضُ ويَرفَعُ، وإني لأَرجو أن أَلقى اللهَ وليس لأحدٍ منكم عِندي مَظلَمةٌ»(١).

ولأن الثَّمَنَ حقُّ البائِعِ، فإليه تَقديرُه، ولا يَنبَغي للإمام أن يَتعرَّضَ لحقِّه، إلا إذا تَعلَّق به دفعُ ضرَرِ العامّةِ، بأن يَبيعَ قَفيزًا بمِائةٍ، وهو يُشترَى بخَمسين، فيُمنَعُ منه؛ دفعًا للضَّرَر عن الْمُسلِمين.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَلزَمُه التَّسعيرُ عامَ الغَلاءِ؛ نظَرًا للعامّة.

وإذا رُفِع إلى القاضِي هذا الأمرُ يَأمُرُ الْمُحتكِرَ ببَيع ما فَضَل عن قُوته وقُوتِ أهلِه، على اعتِبار السَّعةِ في قُوته وقُوتِ أهلِه، ويَنهاه عن الاحتِكار ويَزجُرُه عنه، فإن رُفِع إليه مرّةً أُخرى وهو مُصِرٌّ على عادته: وَعَظه وهَدَّده، فإن رُفِع إليه مرّةً أُخرى حَبَسه وعَزَّره على ما يَرى حتى يَمتنِعَ عن سُوء عمَلِه؛ لأنه ارتكَب ما لا يَحِلُّ، وليس فيه حدٌّ مُقدَّرٌ، فيُعزَّرُ.

فإن كان أربابُ الطَّعامِ يَتحكَّمون على الْمُسلِمين، ويَتعدَّون عن القِيمة تَعدِّيًا فاحِشًا، وعَجَز القاضِي عن صِيانة حُقوقِ الْمُسلِمين إلا بالتَّسعير: فلا بأسَ به بمَشورةِ من أَهل الرَّأيِ والبصَرِ، فإذا فَعَل ذلك، وتَعدّى رَجُلٌ عن ذلك فباعه بثمَنٍ فوقَه: أَجازه

= وأما حديث ابن عباس: فرواه الطبراني في «معجمه الصغير» عن ابن عباس بلفظ حديث أبي حجيفة.

وأما حديث الخدري: فرواه الطبراني في «معجمه الوسط» عن أبي سعيد الخدري قال: غلا السعر على عهد رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ فقالوا: يا رسول الله! سعر لنا، فقال: «إن الله هو المسعر، إني لأرجو الله أن ألقاه وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دين ولا دنيا». انتهى باختصار.

قال في «كشف الخفاء» ٢/ ٣٥٣: لا تسعروا: قال النجم (الغزي): هذا اللفظ لم يرد، لكن رواه أحمد... إلخ.

(١) رواه الإمام أحمد (٨٤٤٨)، وأبو داود (٣٤٥٠).

القاضي.

وهذا واضِحٌ على قَول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه لا يَرى الحَجْرَ على الحُرّ، وفي إِبطال بيعِه نوعُ حَجْرٍ عليه، وكذا عندَهما؛ لأنه حَجَر على قومٍ مَجهولين، فلا يَصِحُّ إلا أن يكون الحَجْرُ على قومٍ بأَعيانهم.

ومن باع منهم بما قَدَّره الإمامُ صَحّ؛ لأنه ليس بمُكرَهٍ على البَيع.

وهل يَبيعُ القاضِي على الْمُحتكِر طَعامَه بغَير رِضاه؟ قِيل: هو على اختِلافِ عُرِف في بَيع مالِ الْمَديونِ، وقِيل: يَبيعُ اتِّفاقًا؛ لأنه يَرى الحَجْرَ لدَفع ضرَرٍ عامٍّ، كالحَجْر على الطَّبيب الجاهِلِ ونحوِه، وهذا يَرجِعُ إلى العامّة.

ويُكرَهُ بيعُ السِّلاحِ في أيّام الفِتنةِ ممن يُعرَفُ أنه من أَهل الفِتنةِ؛ لكَونه تَسبيبًا إلى الفِتنة وتَقويةً لها، والفِتنةُ نائِمةٌ لَعَن اللهُ من أيقَظها[1]، وقد مَرَّ في السِّيَر.

وإن لم يُعرَف أنه من أَهل الفِتنةِ فلا بأسَ به؛ لوُقوع الشَّكِّ في كَونه تَسبيبًا إلى الفِتنة، فلا يُكرَهُ بالشَّكّ.

لا بيعُ عَصيرٍ من خَمّارٍ[2]، وإجارةُ بيتٍ(س م) ليُتَّخَذَ بيتَ نارٍ، أو بِيعةً(س م)، أو كَنيسةً(س م)، أو يُباعَ(س م) خمرٌ بالسَّواد[3].

---

(١) لم يورده المصنف هنا بلفظ الحديث، وقد رواه الرافعي في «أخبار قزوين» ١/ ٢٩١ بسنده عن أنس رضي الله تعالى عنه مرفوعًا. وقال في «أسنى المطالب» ص١٩٨: بيض الديلمي لسنده، وقال البخاري: ضعيف.

(٢) في (ن) و(ف): من متخذه خمرًا.

(٣) السواد: القرى. «الطلبة» ص١٤٩. يقال: خرجوا إلى سواد المدينة، وهو ما حولها من القرى والريف. «المعجم الوسيط» ١/ ٤١٦.

ولا بأسَ ببَيعِ العَصيرِ ممن يُعلَمُ أنه يَتَّخِذُه خمرًا؛ لأنه يَصلُحُ لأُمورٍ شَتّى، فيُضافُ الفَسادُ إلى اختِيارِه، وهو بعَينِه ليس بآلةٍ للفَساد[1]، وإنما يَكونُ بعدَ تَغيُّرِه.

بخِلاف بيعِ السِّلاحِ في أيّامِ الفِتنةِ؛ لأن عَينَه آلةٌ للشَّرِّ بلا تَغيُّرٍ.

ومن آجَر بيتًا ليُتَّخَذَ فيه بيتُ نارٍ، أو بِيعةٌ، أو كَنيسةٌ، أو يُباعَ فيه خمرٌ بالسَّواد: فلا بأسَ به، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: لا يَنبَغي أن يُؤْجِرَه لشيءٍ من ذلك؛ لأنه إعانةٌ على الْمَعصِية، وقد قال اللهُ تَعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِۚ﴾ [المائدة: ٢].

وله: أن الْمَعصِيةَ تَقَعُ بفِعل فاعِلٍ اختِيارًا، وهو الْمُستأجِرُ، فقُطِع نِسبةُ الْمَعصيةِ عن العَقد، وهو وارِدٌ على مَنفَعة البيتِ، حتى يَجِبُ[2] الأجرُ بمُجرَّد التَّسليمِ، ولا مَعصِيةَ فيه.

وإنما قَيَّدنا[3] بالسَّواد: لأنهم لا يُمكَّنون من اتِّخاذ البِيَعِ والكَنائسِ، وإظهارِ بيعِ الخُمورِ والخَنازيرِ.. في الأَمصار؛ لأن شَعائرَ الإسلامِ فيها ظاهِرةٌ، بخِلاف السَّوادِ.

قالُوا: هذا في سَواد الكُوفةِ؛ لأن أغلَبَ أهلِها أهلُ الذِّمّةِ، فأما في سَواد بِلادِنا: فأعلامُ الإسلامِ فيها بادِيةٌ، فلا يُمكَّنون فيها أيضًا، **وهو الصَّحيحُ.**

وحملُ خمرٍ لذِمّيٍّ بأجرٍ (س م).

ومن حَمَل لذِمّيٍّ خمرًا فإنه يَطيبُ له الأجرُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقالا: هو مَكروهٌ؛ لأن النَّبيَّ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ لَعَن في الخَمر عشرًا[4]،...............

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): الفساد.

(٢) في (هـ): لا يجب.

(٣) في (أ) و(د): قيل، وفي (ب) و(هـ) و(ز): قيد.

(٤) في (ز): عشرة.

وعَدَّ منها حامِلَها[1].

وله: أن عَينَ فِعلِه ليس بمَعصِيةٍ، وليس بسبَبٍ لها، وإنما الْمَعصِيةُ تَحصُلُ من بعدُ بِفعل فاعِلٍ مُختارٍ، وليس الشُّربُ من ضَرورات الحملِ؛ لأن حملَ الخمرِ قد يَكونُ للإراقة أو للصَّبِّ في الخَلِّ للتَّخليل، والحَديثُ مَحمولٌ على الحَمْل الْمَقرونِ بقَصد الْمَعصيةِ.

وبيعُ بِناءِ بُيوتِ مَكّةَ وأرضِها(و).

ولا بأسَ ببَيع بِناءِ بُيوتِ مَكّةَ، وهذا بالإجماع؛ لأنها مِلكُ من بَناها؛ ألا تَرى أن من بَنى على أَرض الوقفِ جاز بيعُه، فهذا كذلك.

ويَجوزُ بيعُ أرضِها عندَ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وهو إِحدى الرِّوايتَين عن أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأن الأراضِيَ مَملوكةٌ لأَربابها؛ لظُهور الاختِصاصِ شرعًا لهم.

وقولُه عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «وهل تَرَكَ لنا عَقيلٌ من رَبعٍ؟!»[2]: دَليلٌ على أن عَقارَ مَكّةَ عُرضةُ التَّمليكِ والتَّملُّكِ، وقد تَعارَف النّاسُ بيعَ الأراضِي والدُّورِ بمكّةَ من غيرِ نكيرِ مُنكِرٍ.

وله: ما رُوِي أنه عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ قال: «إن اللهَ تَعالى حَرَّم مكّةَ، فحَرامٌ بيعُ رِباعِها وأكلُ ثمَنِها»[3]، ورَوى ابنُ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا أن النَّبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال: «مكّةُ مُناخٌ[4]،

(١) رواه الإمام أحمد (٢٨٩٧)، وأبو داود (٣٦٧٤)، والترمذي (١٢٩٥)، وابن ماجه (٣٣٨٠).

(٢) رواه البخاري (٤٢٨٢)، ومسلم (١٣٥١)، كلاهما بلفظ «المنزل» بدل «الربع»، وعند مسلم أيضًا بلفظ: «رباع أو دور».

(٣) رواه الدارقطني (٣٠١٥)، وروى الدارقطني (٣٠١٤) والحاكم (٢٣٢٧) مرفوعًا: «مكة حرام، وحرام بيع رباعها وحرام أجر بيوتها».

(٤) في (ج): مباح، وفي (د) غير منقوطة.

لا تُباعُ رِباعُها، ولا تُؤجَرُ بُيوتُها»[1].

ولأن مَوضِعَ الحرَمِ وقفُ الخَليلِ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ[2].

ويُكرَهُ إجارةُ أراضِي مكّةَ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من أكَل أُجورَ أرضِ[3] مكّةَ فكأنما أكَل الرِّبا»[4].

ولأن أراضِيَ مكّةَ تُدعى في زَمَن النَّبيِّ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ والخَليفتَين مِن بعدِه: السَّوائبَ، من احتَاج إليها سَكَنها، ومن استَغنى عنها أسكَن غيرَه[5].

---

(١) رواه الدارقطني (٣٠١٨) والحاكم (٢٣٢٦)، والبيهقي (١١١٨٣)

(٢) قال في «التعريف والإخبار» ٢/ ٤٤٧: كذا ذكر. ولم يذكر تخريجه، وممن ذكره من أئمتنا الإمام السرخسي في «المبسوط» ١٢/ ٢٨. والخصاف في أول «أحكام الأوقاف».

(٣) في (هـ): أراضي.

(٤) روى الفاكهي في «أخبار مكة» (٢٠٥١) والأزرقي في «أخبار مكة» ٢/ ١٦٣عن عبد الله بن عمرو رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا قال: من أكل كراء بيوت مكة فإنما يأكل نارًا.

وروى الدارقطني (٢٧٨٧) عن عبد الله بن عمرو رفع الحديث قال: «من أكل كِرَا بيوت مكة أكل نارًا». وروى أيضًا (٣٠١٥) عن ابن عمرو عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «إن الله حرم مكة، فحرام بيع رباعها وأكل ثمنها»، وقال: «من أكل من أجر بيوت مكة شيئًا فإنما يأكل نارًا»، كذا رواه أبو حنيفة مرفوعًا، ووهم أيضًا في قوله: عبيد الله بن أبي يزيد، وإنما هو ابن أبي زياد القداح والصحيح أنه موقوف.

وقال في «نصب الراية» ٤/ ٢٦٦: قال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «من آجر أرض مكة، فكأنما أكل الربا»: قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى محمد بن الحسن في كتاب «الآثار» أخبرنا أبو حنيفة عن عبيد الله بن أبي زياد عن أبي نجيح عن عبد الله بن عمر عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «من أكل من أجور بيوت مكة، فإنما يأكل نارًا»، انتهى. وتقدم عند الدارقطني عن عبد الله بن عمر رفعه قال: «من أكل كراء بيوت مكة فقد أكل نارًا»... إلخ، وقد طول الزيلعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ البحث في هذه المسألة فانظره ثمة.

(٥) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٦٨: رواه ابن ماجه في «سننه» (٣١٠٧) حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة=

ومن وَضع دِرهَمًا عندَ بقّالٍ يَأخُذُ منه ما شاء: يُكرَهُ له ذلك؛ لأنه إذا مَلّكه الدِّرهَمَ فقد أقرَضه إيّاه، وقد شَرَط أن يَأخُذَ منه ما يُريدُ حالًا حالًا[1]، وله في ذلك نفعٌ، فيَصيرُ في مَعنى القرضِ الذي جَرَّ نفعًا، وهو مَنهيٌّ عنه[2].

ويَنبَغي أن يَستودِعَه إيّاه، ثم يَأخُذَ منه ما شاء، فإن ضاع فهي وَديعةٌ، فلا شيءَ عليه؛ لأنه لم يُقرِضه، وإنما أودَعه.

= عن عيسى بن يونس عن عمر بن سعيد بن أبي حسين عن عثمان بن أبي سليمان عن علقمة بن نضلة قال: توفي رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأبو بكر وعمر وما تدعى رباع مكة إلا السوائب، من احتاج سكن، ومن استغنى أسكن. انتهى، وكذلك رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٤٦٩٣) و«مسنده»، ومن طريقه رواه الطبراني في «معجمه» (١٨/ ٨)، والدارقطني في «سننه» (٣٠١٩)، ورواه الدارقطني أيضًا (٣٠٢٠) عن محمد بن يزيد الأدمي ثنا يحيى بن سليم عن عمر بن سعيد بن أبي حسين عن عثمان به، وبهذا الإسناد رواه أبو الوليد محمد بن عبد الله الأزرقي في كتابه «تاريخ مكة» (٢/ ١٦٢): وحدثني جدي أحمد بن محمد بن الوليد الأزرقي ثنا يحيى بن سليم به، قال: كانت الدور والمساكن بمكة على عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأبي بكر وعمر وعثمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ما تكرى ولا تباع، ولا تدعى إلا السوائب، من احتاج إليها سكن، ومن استغنى أسكن، قال يحيى: فقلت لعمر: إنك تكري، قال: قد أحل الله الميتة للمضطر إليها. انتهى، وأخرجه الدارقطني أيضًا (٣٠٢١) عن معاوية بن هشام ثنا سفيان عن عمر بن سعيد عن عثمان بن أبي سليمان عن نافع بن جبير بن مطعم عن علقمة بن نضلة الكناني قال: كانت بيوت مكة تدعى على عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأبي بكر وعمر السوائب، لا تباع، من احتاج سكن، ومن استغنى أسكن. انتهى.

(١) في (ب): فحالاً.

(٢) الحديث المشهور في هذا عند الفقهاء: «كل قرض جر نفعًا -أو منفعة- فهو ربًا»، وهذا رواه أبو جهم في «جزئه» (٩٢)، والحارث (٤٣٧)، ورواه البيهقي موقوفًا (١٠٩٣٣)، وبمعناه عند البخاري (٣٨١٤) وانظر الآثار الوارد في ذلك في «مصنف» عبد الرزاق ٨/ ١٤٥، و«مصنف» ابن أبي شيبة ٤/ ٣٢٧، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٦٠.

الفصل السادس في المتفرقات

والتَّعشيرُ(و)[1]، ونقطُ(و) الْمُصحَفِ، وتَحلِيتُه.

ولا بأسَ بالتَّعشير والنَّقطِ في الْمُصحَف.

وأصلُ الرِّوايةِ: أنه يُكرَهُ التَّعشيرُ والنَّقطُ في الْمُصحَف؛ لأن فيهما ترْكَ التَّجريدِ، وقد قال ابنُ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ: جرِّدوا القُرآنَ[2]، ويُروى: جرِّدوا الْمَصاحِفَ[3].

ثم قالُوا: في زَمانِنا لا بُدَّ للعَجَم من دَلالةٍ، فبالتَّعشير يُحفَظُ الآيُ، وبالنَّقط يُحفَظُ الإعرابُ، فكانا حسَنَين.

ولا بأسَ بتَحلِيَة الْمُصحَفِ؛ لِما فيها من تَعظيمِه، كما في نَقش الْمَسجِدِ وتَزيينِه، كما قَرَّرنا في كِتاب الصَّلاةِ.

ودُخولُ ذِمِّيٍّ(ف ك) مَسجِدًا، وعِيادتُه.

ولا بأسَ بأن يَدخُلَ أهلُ الذِّمَّةِ الْمَسجِدَ الحَرامَ وسائِرَ الْمَساجِدِ.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُكرَهُ في كلِّ مَسجِدٍ.

---

(١) التعشير أن يجعل على كل عشر آيات من القرآن العظيم علامة. «مجمع الأنهر» ٢/ ٥٥٤.

(٢) رواه عبد الرزاق (٧٩٤٤)، وابن أبي شيبة (٨٥٤٧)، والنسائي في «الكبرى» (١٠٧٣٤)، والطبراني (٩٧٥٣)، ورواه الحاكم عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ (٣٤٧).

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٦٩: رواية (جردوا المصاحف) غريبة.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُكرَهُ ذلك في الْمَسجِد الحَرام؛ لقَوله تَعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُواْ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التَّوْبَة: ٢٨]، والكُفّارُ مُخاطَبون بالحُرُمات وإن لم يَكونُوا مُخاطَبين فنحن مُخاطَبون بتَبعيدهم، ولأن الكافِرَ لا يَخلو عن الجَنابة، فوَجَب تَنزيهُ الْمَساجِدِ عنه.

وعَدّى مالِكٌ إلى سائِر الْمَساجِدِ: لعُموم العِلّةِ، وهي النَّجاسةُ؛ لأن الْمَساجِدَ تُنَزَّه عن النَّجاسات.

ولنا: ما رُوِي أن أبا سُفيانَ دَخَل مَسجِدَ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حال كُفرِه(١)، وأنزَل رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وفدَ ثَقيفٍ في مَسجِده وهم كُفّارٌ، وضَرَب لهم خَيمةً،

---

(١) وفود أبي سفيان إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عند فتح مكة مشهور، وليس فيه أنه كان في مسجده صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في المدينة.

ووفد أبو سفيان أيضًا إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في غير هذا، لكن لم يذكر هل هو في المسجد أو في بيته الشريف، فقد روى البخاري (١٠٠٧) ومسلم (٢٧٩٨) عن مسروق قال: كنا عند عبد الله فقال: إن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما رأى من الناس إدبارًا قال: «اللهم سبع كسبع يوسف»، فأخذتهم سنة حصت كل شيء، حتى أكلوا الجلود والميتة والجيف، وينظر أحدهم إلى السماء فيرى الدخان من الجوع، فأتاه أبو سفيان فقال: يا محمد! إنك تأمر بطاعة الله وبصلة الرحم، وإن قومك قد هلكوا، فادع الله لهم، قال الله تعالى: ﴿فَٱرْتَقِبْ يَوْمَ تَأْتِي ٱلسَّمَآءُ بِدُخَانٍ مُّبِينٍ﴾ إلى قوله ﴿إِنَّكُمْ عَآئِدُونَ ۝ يَوْمَ نَبْطِشُ ٱلْبَطْشَةَ ٱلْكُبْرَىٰٓ إِنَّا مُنتَقِمُونَ﴾. فالبطشة: يوم بدر، وقد مضت الدخان والبطشة واللزام وآية الروم.

واستدل القدوري على هذا بغير دخول أبي سفيان، فقال في «التجريد» ٢/ ٧٧٢: فأما الدليل على جواز دخول سائر المساجد بغير إذن: فما روي أن صفوان بن أمية واطأ عمير بن وهب الجمحي على قتل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فجاء حتى دخل المسجد وسيفه معه، وقعد بين يدي رسول الله، فقال له صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «واطأت صفوان على كيت وكيت فجئت لهذا»، فقال: والله ما كان بيننا أحد، ثم أسلم. ومعلوم أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ لم ينكر دخوله المسجد، ولا سأل هل أذن له أم لم يؤذن.

فقالت الصَّحابةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: قومٌ أنجاسٌ، فقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ليس على الأَرض من أَنجاسهم شيءٌ، إنما أنجاسُهم على أنفُسهم»[1]؛ وهذا لأن الخُبثَ في اعتِقاده، فلا يُفضي إلى تَنجيس الْمَسجِدِ.

والآيةُ مَحمولةٌ على مَنعهم أن يَدخُلوها طائِفين عُراةً، أو مُستَولين، وعلى[2] أَهل الإسلامِ مُستَعلين.. من حيث التَّدبيرُ والقِيامُ بعِمارة الْمَسجِدِ؛ لأن قبلَ الفتحِ كانت الوِلايةُ والاستِعلاءُ لهم، ولم يَبقَ ذلك بعدَ الفتحِ.

ولا بأسَ بعِيادة اليَهوديِّ والنَّصرانيِّ؛ لِما رُوِي أن يَهوديًّا مَرِض بجِوار النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «قُوموا بنا نَعودُ جارَنا اليَهوديَّ»، فعاده وقَعَد عندَ رأسِه وقال له: «قل: لا إلهَ إلا اللهُ، محمدٌ رَسولُ اللهِ»، فنَظَر الْمَريضُ إلى أَبِيه، فقال له أبُوه: أجِبْه، فأَجابه وشَهِد أن لا إلهَ إلا اللهُ وأن محمدًا رَسولُ اللهِ، ثم مات، فقال النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الحمدُ لله الذي أنقَذ[3] بي نسَمةً من النّار»[4].

---

(١) نزولهم في المسجد رواه الإمام أحمد (١٧٩١٣)، وأبو داود (٣٠٢٦).

وأما السؤال والجواب فقد روى ابن أبي شيبة (٨٧٧٤) عن الحسن قال: لما قدم وفد ثقيف على النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نزلوا قبةً كانت في مؤخر المسجد، فلما حضرت الصلاة، قال رجل من القوم: يا رسول الله! حضرت الصلاة وهؤلاء قوم كفار، وهم في المسجد، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الأرض لا تنجس» أو نحو هذا. انتهى، وروى بعده قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الأرض لا ينجسها شيء».

ورواه أبو داود في «المراسيل» (١٧) عن الحسن كما سبق وفيه: فقال: «إن الأرض لا تنجس، إنما ينجس ابن آدم».

(٢) في (ج) و(ز): على.

(٣) في (ز): أبعد.

(٤) روى البخاري (١٣٥٦) عن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: كان غلام يهودي يخدم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ،=

ولأن العِيادةَ شُرِعت بِرًّا ومُواصَلةً، ولا بأسَ ببِرِّ أهلِ الكِتابِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ...﴾ الآيَةَ [المُمتحنة: ٨].

ويُكرَهُ أن يَبدَأَ الكُفّارَ بالسَّلام، ولا يُكرَهُ ردُّ الجَوابِ، ولكن لا يَزيدُ على قَولِه: (وعليكم)، وإن كان للمُسلِمِ إليه حاجةٌ فلا بأسَ بالسَّلام عليه.

وخِصاءُ البَهائِمِ، وإنزاءُ[1] الحَميرِ على الخَيلِ.

ولا بأسَ بخِصاء البَهائمِ؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ ضَحّى بكَبشَين أملَحَين

= فمرض، فأتاه النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يعوده، فقعد عند رأسه، فقال له: «أسلم»، فنظر إلى أبيه وهو عنده، فقال له: أطع أبا القاسم صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فأسلم، فخرج النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو يقول: «الحمد لله الذي أنقذه من النار».

قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٧٢ بعد أن ذكر هذه الرواية ورواية الإمام أحمد والحاكم لها: ليس في ألفاظهم: أنه كان جاره، لكن رواه ابن حبان في «صحيحه» بالإسناد المذكور أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عاد جارًا له يهوديًا. انتهى، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (٩٩١٩) عن ابن أبي حسين: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان له جار يهودي فمرض، فعاده رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بأصحابه، فعرض عليه الشهادتين ثلاث مرات، فقال له أبوه في الثالثة: قل ما قال لك، ففعل، ثم مات، فأرادت اليهود أن تليه، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «نحن أولى به»، وغسله النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكفنه، وحنطه، وصلى عليه. انتهى، وروى محمد بن الحسن في كتاب «الآثار» (وهو في «مسند» الإمام بترتيب الحصكفي) أخبرنا أبو حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه قال: كنا جلوسًا عند النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال لنا: «قوموا بنا نعود جارنا اليهودي»، قال: فأتيناه، فقال له عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «كيف أنت يا فلان»، ثم عرض عليه الشهادتين ثلاث مرات، فقال له أبوه في الثالثة: يا بني اشهد، فشهد، فقال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «الحمد لله الذي أعتق بي نسمة من النار». انتهى. ومن طريق محمد بن الحسن، رواه ابن السني في كتاب «عمل يوم وليلة». انتهى.

(١) نزا الفحل -من حد دخل-: أي على الأنثى للضراب، وأنزاه غيره: أي حمله على ذلك. «الطلبة» ص١٢٨.

مَوجوءَين[1].

وإنزاءِ الحَميرِ على الخَيلِ؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَكِبَ البَغلةَ واقتَناها[2]، ولو كان هذا الفِعلُ مَكروهًا لَمَا فَعَلَ؛ لأن فيه فتحَ بابِه.

وقَبولُ هَدِيّةِ عبدٍ تاجِرٍ، وإجابةُ دَعوتِه، واستِعارةُ دابّتِه.

ولا بأسَ بقَبول هَدِيّةِ العبدِ التّاجِرِ، وإجابةِ دَعوتِه، واستِعارةِ دابّتِه.

وكُرِه كِسوتُه الثَّوبَ، وهَدِيّتُه النَّقدَينِ.

ويُكرَهُ كِسوتُه الثَّوبَ، وهدِيّتُه الدَّراهِمَ والدَّنانيرَ، والقِياسُ: أن لا يَجوزَ الكلُّ؛ لأنه تَبرُّعٌ، فلا يَصِحُّ من العَبد، كهِبة الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ.

وفي الاستِحسان: تَجوزُ الهدِيّةُ اليَسيرةُ، والدَّعوةُ اليَسيرةُ؛ لأن سَلمانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَهدى لرَسول اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هدِيّةً فقَبِلها، حينَ كان عبدًا[3]، وقَبِل هدِيّةَ بَريرةَ،

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) روى البخاري (٢٨٦٤) ومسلم (١٧٧٦) عن أبي إسحاق: قال رجل للبراء بن عازب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أفررتم عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم حنين؟ قال: لكن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يفر، إن هوازن كانوا قومًا رماة، وإنا لما لقيناهم حملنا عليهم، فانهزموا، فأقبل المسلمون على الغنائم، واستقبلونا بالسهام، فأما رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فلم يفر، فلقد رأيته وإنه لعلى بغلته البيضاء، وإن أبا سفيان آخذ بلجامها، والنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «أنا النبي لا كذب، أنا ابن عبد المطلب».

وروى البخاري (٢٨٧٣) عن أبي إسحاق قال: سمعت عمرو بن الحارث قال: ما ترك النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلا بغلته البيضاء، وسلاحه، وأرضًا تركها صدقة.

(3) قال في «الدراية» ٢/ ٢٤٠: ابن إسحاق في «السيرة الكبيرة» (ص٨٧)، ومن طريقه ابن سعد (٤/ ٧٥) وأبو عبيد والحاكم وأبو نعيم في «الدلائل» (١٩٩) من طريق ابن عباس عن سلمان مطولًا، وفيه: فباعوني من يهودي، وبعث الله تعالى رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فدخلت على النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ =

وكانت مُكاتَبةً[1]، ....

=فقلت: بلغني أنك رجل صالح، وأصحابك غرباء، وهذا شيء عندي للصدقة، ورأيتكم أحق به، ثم قربته إليه، فقال لأصحابه: «كلوا»، وأمسك يده، ثم جئت من الغد ومعي شيء آخر، فقلت: إني رأيتك لا تأكل الصدقة، وهذه هدية أكرمتك بها، فأكل صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأمر أصحابه فأكلوا... الحديث.

وأخرجه ابن حبان (٧١٢٤) من طريق أبي إسحاق عن أبي قرة الكندي عن سلمان، فذكر قصة إسلامه بطولها، وأنه استأذن مواليه أن يهبوا له يومًا ففعلوا، قال: فاحتطبت فبعت فصنعت طعامًا وأتيته يعني النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ به، فقال: «ما هذا»، فقلت: هدية، فقال بيده: «بسم الله، كلوا»، فأكل وأكلوا معه.. الحديث، وأخرجه الحاكم (٦٥٤٣) من طريق سماك بن حرب عن زيد بن صوحان أنه سأل سلمان كيف كان بدء إسلامك فذكر الحديث بطوله ومن طريق عبيد المكتب عن أبي الطفيل عن سلمان نحوه... إلخ.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٨١: حديث بريرة في الكتب الستة (البخاري ٥٠٩٧ ومسلم ١٥٠٤) عن عائشة قالت: كان في بريرة ثلاث سنن: أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا ولاءها، فذكرت ذلك للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «اشتريها وأعتقيها، فإن الولاء لمن أعتق»، وعتقت، فخيرها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من زوجها، فاختارت نفسها، وكان الناس يتصدقون عليها وتهدي لنا، فذكرت ذلك للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «هو عليها صدقة ولنا هدية».

ولم أجد في شيء من طرق الحديث أن الهدية وقعت حين كانت مكاتبة، ولكن روى عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٠٠٨) في الطلاق أخبرنا ابن جريج أخبرني أبو الزبير أنه سمع عروة بن الزبير يقول: جاءت وليدة لبني هلال يقال لها بريرة تسأل عائشة في كتابتها، فسامت عائشة بها أهلها، فقالوا: لا نبيعها إلا ولنا ولاؤها، فتركتها، وقالت: يا رسول الله أبوا أن يبيعوها إلا ولهم ولاؤها، قال: «لا يمنعك ذلك، فإنما الولاء لمن أعتق»، فابتاعتها عائشة، فأعتقتها، وخيرت بريرة فاختارت نفسها، وقسم لها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شاة، فهدت لعائشة منها، فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هل عندكم من طعام؟»، قالت: لا، إلا من الشاة التي أعطيت بريرة، فنظر ساعة، ثم قال: «قد وقعت موقعها، هي عليها صدقة، وهي لنا منها هدية»، فأكل منها، قال: زعم عروة أنها ابتاعتها مكاتبة على ثمانية أواق، ولم تعط من كتابتها شيئًا. انتهى، ورواه البزار في «مسنده» كذلك، وروى عبد الرزاق (١٦١٦٢) في المكاتب أخبرنا ابن جريج=

وكان يُجيبُ دعوةَ الْمملوكِ[1].

وعن أبي سَعيدٍ مَولى أبي أُسَيدٍ أنه قال: دَعَوتُ رَهْطًا من أَصحاب النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيهم أبو ذرٍّ، فحَضَرت الصَّلاةُ فقَدَّموني وأنا يومَئذٍ عبدٌ[2].

ولأن الهدِيّةَ اليَسيرةَ والضِّيافةَ اليَسيرةَ من ضَرورات التِّجارةِ؛ لأن التّاجرَ إذا فَتَح دُكّانَه يَحتاجُ إلى تَسليم وِعاءٍ فيه مائِعٌ، وإلى الْمُؤاكَلة مع الْمُعامِلِين، واستِمالةِ قُلوبِ الْمُجاهِزين بالتَّبرُّعِ اليَسيرِ، ومن مَلَك شيئًا يَملِكُ ما كان من ضَروراته، ولا ضَرورةَ في هِبة الثَّوبِ والدَّراهِمِ والدَّنانيرِ، فبَقِي على أَصل القِياسِ.

واستِخدامُ خَصِيٍّ.

ويُكرَهُ استِخدامُ الخِصيانِ؛ لأن فيه تَحريضَ النّاسِ على هذا الفِعلِ، وهو مُثلةٌ، وقد نَهى النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الْمُثلة[3].

= عن أبي الزبير عن عروة: أن عائشة ابتاعت بريرة مكاتبة على ثمان أواق، لم تقض من كتابتها شيئًا. انتهى.

(١) رواه الترمذي (١٠١٧)، وابن ماجه (٢٢٩٦)، والحاكم (٣٧٣٤).

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٨٢: غريب، وتنظر ترجمة أسيد مولى أبي أسيد الساعدي في أسماء الرجال، والمصنف استدل به على جواز إجابة العبد، وفيه حديث مرفوع: أخرجه الترمذي (١٠١٧) وابن ماجه (٤١٧٨) عن أنس بن مالك قال: كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يعود المريض، ويتبع الجنازة، ويجيب دعوة المملوك، ويركب الحمار، ولقد كان يوم خيبر ويوم قريظة على حمار، خطامه حبل من ليف، وتحته إكاف من ليف. انتهى، قال الترمذي: لا نعرفه إلا من حديث مسلم بن كيسان الأعور، وهو يضعف. انتهى، وأخرجه الحاكم في «المستدرك» (٣٧٣٤) وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. انتهى.

(٣) تقدم النهي عن المثلة، وأما النهي عن الخصاء: فقد روى البخاري (٥٠٧٣)، ومسلم (١٤٠٢): عن سعد بن أبي وقاص قال: رد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على عثمان بن مظعون التبتل، ولو أذن =

والدُّعاءُ بمَعقِد(س) العِزِّ[1] من عَرشك، وبحقِّ فُلانٍ.

ويُكرَهُ أن يَقولَ الرَّجُلُ في دُعائه: (أسألُك بمَعقِد[2] العِزِّ من عَرشك)، وللمَسألة عِبارتان: (بمَعقِد) و(بمَقعَد)، ولا شكَّ في كَراهِيَة الثّانيةِ؛ لأنه من القُعود، وهو التَّمكُّنُ على العَرش، وهو قولُ المُجسِّمةِ، وهو قولٌ باطِلٌ، وكذا الأُولى يُكرَهُ؛ لأنه يُوهِمُ تعلُّق عِزِّه بالعَرش، وأن عِزَّه حادِثٌ؛ لتَعلُّقه بالمُحدَث، والعِزُّ صِفتُه القَديمةُ لم يَزَل مَوصوفًا به، ولا يَزالُ مَوصوفًا به.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا بأسَ به، وبه أخذ الفَقيهُ أبو اللَّيثِ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان من دُعائه: «اللَّهُمَّ إني أسألُك بمَعقَد[3] العِزِّ من عَرشك، ومُنتهى الرَّحمةِ من كِتابك، وباسمك الأعظَمِ، وجَدِّك الأَعلى، وكَلِماتِك التّامّةِ[4]»[5].

= له لاختصينا. وروى الإمام أحمد (١٥٠٣٦) عن جابر بن عبد الله، قال: جاء شاب إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: أتأذن لي في الخصاء؟ فقال: «صم وسل الله من فضله». وروى أيضًا (٦٦١٢): عن عبد الله بن عمرو قال: جاء رجل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسول الله، ائذن لي أن أختصي، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خصاء أمتي الصيام والقيام».

(١) مَعقد العز: موضع عقده، وتقديم القاف تصحيف. «المغرب» ٣٢٣.

(٢) في سوى (أ) و(ج): بمقعد.

(٣) في (د) و(ز): بمقعد.

(٤) في (هـ): التامات.

(٥) قال في «الدراية» ٢/ ٢٣٩: البيهقي في «الدعوات» (٤٤٣) من حديث ابن مسعود رفعه، قال: اثنتا عشرة ركعة تصليهن من ليل أو نهار، وتتشهد بين كل ركعتين، فإذا تشهدت من آخر صلاتك فاثن على الله وصل على النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، واقرأ وأنت ساجد فاتحة الكتاب سبع مرات، وقل: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، وهو على كل شيء قدير، عشر مرات، ثم قل: اللهم إني أسألك بمعاقد العز من عرشك... فذكره، وفي آخره: ثم سل حاجتك، ثم ارفع رأسك، ثم سل يمينًا=

ولكن الاحتِياطُ في الامتِناع؛ لكَونه خبَرَ واحِدٍ.

ويُكرَهُ أن يَقولَ الرَّجُلُ في دُعائه: (بحقِّ فُلانٍ) أو (بحقِّ أنبيائِك ورُسُلِك) أو (بحقِّ البيتِ والْمَشعَرِ الحَرامِ)؛ لأنه لا حقَّ للخَلق على الخالِق[1].

=وشمالًا، ولا تعلموها السفهاء، فإنهم يدعون بها فيستجاب لهم.

وأخرجه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢/ ١٤٢) من طريق عامر بن خداش عن عمرو بن هارون البلخي، ونقل تكذيب عمرو عن ابن معين، قال: وقد صح النهي عن القراءة في السجود، قلت: وظاهر السياق أنه يسجد بين التشهد والسلام سجدة زائدة يقول فيها ذلك، ولا يخفى ما فيه، وزعم السَّروجي أن هذا الحديث في «الحلية»، فلينظر، قلت: وهو في الطبراني (٢٥/ ١٢). انتهى.

قلت: وحسن الهيثمي إسناد الطبراني في «مجمع الزوائد» ١٠/ ١٢٥.

ورواه أيضًا الحسن بن رشيق في «جزئه» (٢٩)، والمقدسي في «الترغيب في الدعاء» (٧١)، والديلمي في «الفردوس» (١٨٤٥).

(١) فعلة النهي إيهام أن على الله تعالى واجبًا، كما قالت المعتزلة، وتبرأت وبرئت منه أهل السنة والجماعة، وأما التوسل بما شرعه الله تعالى من ذوات الأنبياء والصالحين فهو عين التوحيد لله جل جلاله، وقد استفاضت الآيات والأخبار والآثار به.

كما صنف العلماء في ذلك قديمًا وحديثًا، ابتداء من شيخ الإسلام التقي السبكي في كتابه الفذ «شفاء السقام» إلى زمننا الذي ألف فيه الشيخ سلامة العزامي كتابيه «فرقان القرآن» و«البراهين الساطعة في رد بعض البدع الشائعة»، وكُتُب مولانا الشيخ عبد الله سراج الدين الحسيني وولده سيدي الشيخ أحمد يحيى سراج الدين الحسيني من المصنفات النافعة الجليلة، بما يقطع زور كل من سولت له نفسه واقترب من حمى أهل السنة، وخصوصًا السادة الحنفية، الذين ألصق بهم نفي التوسل، ولم يتفطن الجاهل إلى علة نهيهم، وأن هذا الكلام قيل وسوق المعتزلة رائج، فوجب عليهم بيانه، كيف وجل من نقل هذا الحكم من أئمتنا قد شحنوا كتبهم بالتوسل والاستغاثة بسيد الخلق صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، رزقنا الله تعالى الفهم السليم، وأعاذنا من الفهم المنكوس السقيم، إنه هو البر الرحيم.

وقال في «رد المحتار» ٦/ ٣٩٧ نقلًا عن المناوي عند هذا الموضع، بعد تحقيق فيه وبيان استحبابه:=

ولو قال رَجُلٌ لغَيره: (بحقِّ اللهِ -أو بالله- أن تَفعَلَ كذا): لا يَجِبُ على ذلك الغيرِ أن يَأتيَ بذلك الفِعلِ شرعًا، وإن كان الأَولى يَأتي به.

والَّلعِبُ بالشِّطرَنج(ف)، والنَّردِ، وكلُّ لهوٍ.

ويُكرَهُ اللَّعِبُ بالشِّطرَنج، والنَّردِ، والأربَعةَ عشَرَ[1]، وكلُّ لهوٍ؛ لأنه إن قامَر بها فهو حَرامٌ بالإجماع؛ لأنه مَيسِرٌ، وهو اسمٌ لكلِّ قِمارٍ، وقد قال اللهُ تَعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ...﴾ الآيةَ [المَائِدَة: ٩٠]، وتَواتَرت السُّنّةُ عن رَسول اللهِ صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ بتَحريم القِمارِ[2]، وعليه إجماعُ الْمُسلِمين.

وإن خَلا عن القِمار فهو حَرامٌ أيضًا؛ لأنه عبَثٌ، وقد قال اللهُ تَعالى: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَـٰكُمْ عَبَثًا﴾ [المُؤمِنون: ١١٥]، وقال النَّبيُّ عَلَيۡهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «كلُّ لَعِبِ ابنِ آدمَ باطِلٌ إلا ثَلاثةً: مُلاعَبةَ الرَّجُلِ مع أهلِه، وتَأديبَه لفَرَسه، ومُناضَلتَه بقَوسه»[3].

= وقال السبكي: يحسن التوسل بالنبي إلى ربه، ولم ينكره أحد من السلف ولا الخلف إلا ابن تيمية، فابتدع ما لم يقله عالم قبله. اهـ.

(١) قال في «البناية» ١٢/ ٢٤٩: قيل: هو شيء يستعمله اليهود، ويجوز أن يراد به اللعب الذي يلعبه عوام الناس، وهو قطعة لوح يخط عليه أربعة عشر خطًّا في العرض وثلاثة خطوط في الطول، فيصير جملة العيون سبعين عينًا، ويرد في كل طوفة خمس عشرة حصاة بالجملة ثلاثون حصاة، والقوم الذين يلعبون به فرقتان: كل فرقة من ناحية متقابلين، ويسمون هذا طابا، وربما يسمى طاب ودك.

(٢) من ذلك ما رواه البخاري (٤٨٦٠) ومسلم (١٦٤٧) عن أبي هريرة رَضِوَاللَّهُعَنۡهُ قال: قال رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «من حلف فقال في حلفه: واللات والعزى، فليقل: لا إله إلا الله، ومن قال لصاحبه: تعال أقامرك، فليتصدق».

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٧٣: قال عَلَيۡهِٱلسَّلَامُ: «لهو المؤمن باطل إلا ثلاث: تأديبه لفرسه، ومناضلته عن قوسه، وملاعبته مع أهله»، قلت: روي من حديث عقبة بن عامر الجهني، ومن حديث=

وأَباح الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ الشِّطرَنجَ؛ لأن فيه تَشحيذَ الخَواطرِ وتَذكيةَ الأفهامِ، قال سهلُ بنُ محمدٍ الصُّعلوكيُّ رَئيسُ أصحابِ الشّافعيِّ: إذا سَلِمت اليدُ من الخُسران، والصَّلاةُ من النِّسيان، واللِّسانُ من الهَذَيان: فهو أدَبٌ بينَ الخُلّانِ.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من لَعِب بالشِّطرَنج والنَّردَشيرِ فكأنما غَمَس يدَه في دَم الخِنزيرِ»[1]، ومَرَّ ابنُ عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا بقومٍ يَلعَبون بالشِّطرَنج فلم يُسلِّم عليهم، وقال: ما هذه التَّماثيلُ التي أنتم لها عاكِفون[2]؟!

= جابر بن عبد الله، ومن حديث أبي هريرة، ومن حديث عمر بن الخطاب.

فحديث عقبة: رواه أصحاب السنن الأربعة في الجهاد، فأبو داود (٢٥١٣) والنسائي (٣١٤٦) عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر حدثني أبو سلام عن خالد بن يزيد عن عقبة بن عامر، والترمذي (١٦٣٧) وابن ماجه (٢٨١١) عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلام عن عبد الله بن الأزرق عن عقبة قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الله ليدخل بالسهم الواحد الثلاثة الجنة: صانعه يحتسب في صنعته الخير، والرامي به، ومُنْبِلَه، وارموا واركبوا، وأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا، ليس من اللهو ثلاث: تأديب الرجل فرسه، وملاعبته أهله، ورميه بقوسه ونبله، ومن ترك الرمي بعدما علمه، فإنها نعمة تركها -أو قال: كفرها-»... إلخ.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٧٤: غريب بهذا اللفظ، والحديث في مسلم (٢٢٦٠) وليس فيه ذكر الشطرنج، أخرجه عن سليمان بن بريدة عن أبيه بريدة قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير ودمه».

(٢) رواه عن علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: ابن أبي شيبة (٢٦١٥٨)، والبيهقي (٢٠٩٢٩)، والخلال في «الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر» ص٦٢، والآجري في «تحريم النرد والشطرنج والملاهي» (٢٥)، والمخلصي في «المخلصيات» (٩٨١)، وابن أبي الدنيا في «ذم الملاهي» (٨٨)، وابن سعد في «الطبقات» ٦/ ٢٢٤.

وفي «الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر» للخلال ص٦٢: وسألت أحمد مرة أخرى قلت: كرهه=

ولأنه لَعِبٌ يَصُدُّ صاحِبَه عن الجُمَع والجَماعاتِ وذِكرِ اللهِ تَعالى غالِبًا، فيكونُ مَكروهًا.

وأما مَنفَعتُه: فمَغلوبةٌ تابِعةٌ، والعِبرةُ للغالِب في التَّحريم؛ ألا تَرى إلى قَوله تَعالى: ﴿وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ [البَقَرة: ٢١٩]، فاعتُبِر الغالِبُ في التَّحريم.

وهل رَأيتَ صاحِبَ شِطرَنجٍ يُصلِّي؟! فضلًا عن الجَماعة، وإن صَلّى فقلبُه مُتعلِّقٌ به، ففي إِباحته إعانةُ الشَّيطانِ على الإسلام والْمُسلِمين.

ثم إن قامَر بالشِّطرَنج سَقَطت عَدالتُه ورُدَّت شَهادتُه، وإن لم يُقامِر به وكان مُتأوِّلًا فيه: قُبِلت شهادتُه، وبَقِيت عَدالتُه.

ولم يَرَ أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ بالسَّلام عليهم بأسًا؛ ليَشغَلَهم عما هم فيه.

وكَرِه أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ؛ تَحقيرًا لهم، حيث أسقَطهم عن دَرَجة التَّسليمِ.

ورُوِي أن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَرَّ بقَومٍ يَلعَبون بالشِّطرَنج فلم يُسلِّم عليهم، فقِيل له في ذلك، فقال: كيف أُسلِّمُ على قومٍ يَعكُفون على أصنامٍ لهم[1]، ورُوِي أنه ضَرَب ذلك

= أحد غير علي؟ قال: نعم، قلت: من؟ قال: ابن عمر، قلت: من ذكره؟ قال: أبو بدر شجاع عن عبد الله بن عمر -كذا قال ليس فيه نافع-: إن ابن عمر كره اللعب بالشطرنج.

(١) روى العنبري في «مجلسيه» (١٧) والخرائطي في «مساوئ الأخلاق» (٧١٤) وابن عساكر في «تاريخه» ٥٠/ ٣٢١ واللفظ له: عن علي رضي الله تعالى عنه في حديث طويل قال: وثمانية من الناس لا يسلم عليهم: اليهودي، والنصراني، والمجوسي، والمتفكهين بسبب الأمهات، والشاعر الذي يقذف المحصنات، وقوم يشربون الخمر بين أيديهم الريحان، وأصحاب النردشير والشطرنج.

وروى البيهقي في «الشعب» (٦١٠٤) عن قتادة قال: مر عبد الله بن غالب رجل من أهل البصرة بقوم يلعبون بالشطرنج، فقال للحسن: مررت بقوم يعكفون على أصنام لهم.

ثم روى عن يزيد بن يوسف: أنه سأل يزيد بن أبي حبيب عن اللعب بالشطرنج، فقال يزيد: لو=

على رُؤوسهم[١].

إلا الرَّميَ، والسَّبْقَ في فَرَسٍ وإبِلٍ إن شُرِط المالُ من جانِبٍ، وحَرُم لو من الجانِبَين، إلا إذا أدخَلا ثالِثًا.

ولا بأسَ بالْمُسابَقة في الرَّمي والفرَسِ والإبِلِ، إن شُرِط المالُ من جانِبٍ، بأن يَقولَ أحَدُهما لصاحِبه: (إن سَبقتَني فلك كذا، وإن سَبقتُك فلا شيءَ لي).

وحَرُم لو شُرِط المالُ من الجانِبَين، بأن يَقولَ: (إن سَبَق فرَسُك -أو إبِلُك أو سهمُك- أعطيتُك كذا، وإن سَبَق إبلِي -أو فَرَسي أو سَهمي- أعطَيتني كذا).

إلا إذا أدخَلا ثالِثًا بينَهما، وقالا للثّالِث: (إن سَبقتَنا فالمالان لك، وإن سَبقناك فلا شيءَ لنا).

والاستِباقُ لا يَجوزُ في البِغال والحَميرِ وبالأرجُل.. إذا[٢] كان المالُ مَشروطًا من أحَد الجانِبَين يَجِبُ أن يَجوزَ.

وكذا الْمُتفقِّهةُ إذا قال واحِدٌ منهم: (إن كان الجَوابُ كما قُلتَ أعطَيتُك كذا، وإن كان الجَوابُ كما قُلتُ فلا آخُذُ منك شيئًا): يَجوزُ، كذا في «الذَّخيرة».

وجعلُ الرّايةِ[٣] في عُنُق عبدِه، لا قيدُه.

=مررت على قوم يلعبون بالشطرنج ما سلمت عليهم.

(١) روى ابن أبي الدنيا في «ذم الملاهي» (٩٩) والبيهقي (٢٠٩٣٢) وابن عساكر في «تاريخه» ٤٣/ ٤٦٢ واللفظ للأول: عن عمار بن أبي عمار قال: مر علي عَلَيْهِ السَّلَامُ بمجلس من مجالس بني أمية -وفي الآخَرين: بقوم يلعبون- وهم يلعبون بالشطرنج، فوقف -ولفظ ابن عساكر: فوثب- عليهم فقال: أما والله لغير هذا خلقتم، أما والله لولا أن تكون سنة -ولفظ ابن عساكر: سبة- لضربت بها وجوهكم.

(٢) في (ج): وإذا.

(٣) هي العلامة التي تجعل في عنقه ليعلم أنه أبق. «المغرب» ص٤٣٢. =

ويُكرَهُ أن يَجعَلَ الرَّجُلُ في عُنُق عبدِه الرّايةَ، وهو: أن يَجعَلَ في عُنُق عبدِه طَوقَ حَديدٍ مُسمَّرًا بمِسمارٍ عَظيمٍ يَمنَعُه من أن يُحرِّكَ رأسَه، وهو مُعتادٌ بينَ الظّالِمين، وهو حَرامٌ؛ لأنه مُحدَثٌ، وشرُّ الأُمورِ مُحدَثاتُها، وقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كلُّ مُحدَثٍ بِدعةٌ، وكلُّ بِدعةٍ ضَلالةٌ، وكلُّ ضَلالةٍ في النّار»[1]، ولأنه عُقوبةُ الكُفّارِ[2]، فيُكرَهُ، كالإحراق بالنّار، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تُعذِّبوا بعَذاب الله»[3].

وأما القيدُ: فهو سُنّةُ المُسلِمين في السُّفَهاء والدُّعّارِ والعَبيدِ؛ احتِرازًا عن إِباقهم والتَّمرُّدِ على مَوالِيهم.

والحُقنةُ.

ولا بأسَ بالحُقنة للتَّداوي.

وأصلُه: أن استِعمالَ الدَّواءِ جائزٌ، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «تَداوَوا؛ فإن اللهَ تَعالى

= الطوق الحديد الثقيل المانع من تحريك الرأس. «مجمع الأنهر» ٢/ ٥٥٥.

(١) رواه النسائي (١٥٧٨)، وابن خزيمة (١٧٨٥).

ورواه أبو داود (٤٦٠٧) وابن ماجه (٤٦) دون جملة: «وكل ضلالة في النار».

وجميعهم بتأنيث «محدثة»، ووردت بالتذكير كلفظ المصنف هنا: في «تاريخ دمشق» لابن عساكر ٣١/ ٢٨.

(٢) كما في قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ كَذَّبُواْ بِٱلْكِتَٰبِ وَبِمَآ أَرْسَلْنَا بِهِۦ رُسُلَنَا فَسَوْفَ يَعْلَمُونَ ۝٧٠ إِذِ ٱلْأَغْلَٰلُ فِىٓ أَعْنَٰقِهِمْ وَٱلسَّلَٰسِلُ يُسْحَبُونَ ۝٧١ فِى ٱلْحَمِيمِ ثُمَّ فِى ٱلنَّارِ يُسْجَرُونَ﴾ [غافر: ٧٠ - ٧٢]، وقوله سبحانه: ﴿إِنَّآ أَعْتَدْنَا لِلْكَٰفِرِينَ سَلَٰسِلَاْ وَأَغْلَٰلًا وَسَعِيرًا﴾ [الإنسان: ٤].

(٣) روى البخاري (٣٠١٧) عن عكرمة: أن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حرَّق قومًا، فبلغ ابن عباس فقال: لو كنت أنا لم أحرقهم؛ لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تعذبوا بعذاب الله»، ولقتلتهم كما قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من بدل دينه فاقتلوه».

زاد أبو داود (٤٣٥١): فبلغ ذلك عليًّا فقال: ويح ابن عباس.

ما خَلَق داءً إلا وَضَع[1] له دَواءً، إلا السّامَ والهرَمَ»[2]، وقد تَواتَرت به السُّنّةُ[3]، وانعَقَد

---

(١) في (هـ): وخلق.

(٢) رواه بألفاظ متقاربة: أبو داود (٣٨٥٥)، والترمذي (٢٠٣٨)، وابن ماجه (٣٤٣٦)، وابن حبان (٦٠٦٤).

لفظ أبي داود: عن أسامة بن شريك قال: أتيت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأصحابه كأنما على رؤوسهم الطير، فسلمت ثم قعدت، فجاء الأعراب من ههنا وههنا، فقالوا: يا رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ! أنتداوى؟ فقال: «تداووا، فإن الله عز وجل لم يضع داءً إلا وضع له دواءً غير داء واحد الهرم».

وفي لفظ الترمذي: عن أسامة بن شريك قال: قالت الأعراب: يا رسول الله! ألا نتداوى؟ قال: «نعم، يا عباد الله تداووا، فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاءً -أو قال: دواءً- إلا داءً واحدًا» قالوا: يا رسول الله! وما هو؟ قال: «الهرم».

ولفظ ابن ماجه: عن أسامة بن شريك قال: شهدت الأعراب يسألون النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أعلينا حرج في كذا؟ أعلينا حرج في كذا؟ فقال لهم: «عباد الله، وضع الله الحرج، إلا من اقترض من عرض أخيه شيئًا، فذاك الذي حَرِج»، قالوا: يا رسول الله! هل علينا جناح أن نتداوى؟ قال: «تداووا عباد الله، فإن الله سبحانه لم يضع داءً إلا وضع معه شفاءً، إلا الهرم»، قالوا: يا رسول الله! ما خير ما أعطي العبد؟ قال: «خلق حسن».

ولفظ ابن حبان: عن أسامة بن شريك قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تداووا، فإن الله لم ينزل داءً إلا وقد أنزل له شفاءً، إلا السام والهرم».

(٣) من ذلك أحاديثه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في التطبيب وبيان ما ينفع المرضى، كأحاديث الحجامة وشرب العسل والحبة السوداء وغير ذلك، وقد جمع المحدثون كتبًا مفردةً في هذا كـ «الطب النبوي» لأبي نعيم، وهو مطبوع متداول.

ومن أحاديثه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في التداوي: ما رواه البخاري (٥٦٨٣) ومسلم (٢٢٠٥) عن جابر بن عبد الله رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا قال: سمعت النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «إن كان في شيء من أدويتكم - أو: يكون في شيء من أدويتكم- خير، ففي شرطة محجم، أو شربة عسل، أو لذعة بنار توافق الداء، وما أحب أن أكتوي».

عليه الإجماعُ.

ولا فرقَ بينَ الرِّجالِ والنِّساءِ.

ولا يَجوزُ استِعمالُ الْمُحرَّم في الحُقنة، كالخَمر ونحوِها؛ لأن التَّداويَ بالْمُحرَّم مُحرَّمٌ[1].

والْمَذهَبُ عندَ أهلِ السُّنّةِ والجَماعةِ: أن التَّوكُّلَ الْمَأمورَ به: بعدَ كسبِ الأسبابِ، ثم التَّوكُّلُ بعدَه على خالِق الأسبابِ دونَ الأسبابِ.

وسَفَرُ أمةٍ وأُمِّ وَلَدٍ بلا مَحرَمٍ.

ولا بأسَ بأن تُسافِرَ الأمةُ وأُمُّ الولَدِ بلا مَحرَمٍ؛ لأن الأمةَ بمَنزِلة الْمَحرَمِ لعامّة الرِّجالِ فيما يَرجِعُ إلى النَّظَر والمسِّ؛ لِما مَرّ، ولا بأسَ بالسَّفَر مع الْمَحرَمِ للحَرائِر، فكذا الأمةُ مع الأجانِبِ، وأُمُّ الولَدِ أمةٌ، وإن امتَنَع بيعُها؛ بدَليل حِلِّ وطئِها بلا نِكاحٍ، ولا يَحِلُّ الوطءُ إلا بأحَد الْمِلكَين.

قالُوا: هذا في زَمانِهم؛ لغَلَبة أهلِ الصَّلاحِ، فأما في زَمانِنا: فلا؛ لغَلَبة أهلِ الفَسادِ.

ورَزقُ[2] القاضِي.

ولا بأسَ برَزق القاضِي، وهذا على وَجهَين: إما أن يَكونَ شرطًا ومُعاقَدةً، كعَقد الإجارةِ، أو يَكونَ كِفايةً ومُؤنةً، كالنَّفَقة.

أما الأوَّلُ: فحَرامٌ؛ لأن القَضاءَ أعظَمُ الطّاعاتِ، فإذا بَطَل الاستِئجارُ على سائِر

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): حرام.

(٢) الرزق: اسم لما يسوقه الله إلى الحيوان فيأكله، فيكون متناولاً للحلال والحرام.

وعند الفقهاء: ما يخرج للجندي عن رأس كل شهر، وقيل: يومًا بيوم، قال الكرخي: العطاء ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يفرض للفقراء. «التعريفات الفقهية» ص١٠٤.

الطّاعاتِ فعلى هذه أحقُّ، ولهذا لا يَنفُذُ حُكمُ القاضِي بالرِّشوة، وإن كان لا يَنعزِلُ بالفِسق والجَورِ والارتِشاءِ عندَنا، خِلافًا للمُعتزِلة.

وأما الثّاني: فلا بأسَ به؛ لأن النَّبيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَعث عتّابَ بنَ أُسَيدٍ إلى مكّةَ وفَرَض له[1]، وبعَث عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى اليَمَن وفَرَض له[2]، وفَرَض لِمُعاذٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٨٥: روي أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ بعث عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له، وبعث عليًّا إلى اليمن وفرض له: قلت: غريب، وروى الحاكم في «المستدرك» (٦٥٢٢) عن مصعب بن عبد الله الزبيري قال: استعمل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عتاب بن أسيد على مكة، وتوفي رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو عامله عليها، ومات عتاب بمكة في جمادى الآخرة سنة ثلاث عشرة.

ثم أسند (٦٥٢٤) إلى عمرو بن أبي عقرب قال: سمعت عتاب بن أسيد وهو مسند ظهره إلى الكعبة يقول: والله ما أصبت في عملي هذا الذي ولاني رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلا ثوبين معقدين، فكسوتهما مولاي. انتهى، وسكت عنه.

وروى ابن سعد في «الطبقات» في ترجمة عتاب: أخبرنا محمد بن عمر الواقدي ثنا إبراهيم بن جعفر عن أبيه قال: سمعت عمر بن عبد العزيز في خلافته يقول: قبض رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعتاب بن أسيد عامله على مكة، كان ولاه يوم الفتح، فلم يزل عليها حتى توفي رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أخبرنا الضحاك بن مخلد الشيباني ثنا خالد بن أبي عثمان بن خالد بن أسيد عن مولى لهم أراه ابن كيسان قال: قال عتاب بن أسيد: ما أصبت منذ وليت عملي هذا إلا ثوبين معقدين، كسوتهما مولاي كيسان. انتهى.

وذكر أصحابنا أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ فرض له سنة أربعين أوقية، والأوقية أربعون درهمًا، وتكلموا في المال الذي رزقه، ولم تكن يومئذ الدواوين، ولا بيت المال، فإن الدواوين وضعت زمن عمر، فقيل: رزقه مما أفاء الله عليه، وقيل: من المال الذي أخذه من نصارى نجران، والجزية التي أخذها من مجوس هجر.

وذكر أبو الربيع بن سالم: أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ فرض له كل يوم درهمًا، وفي البخاري (٩/ ٦٧) في باب رزق الحكام والعاملين عليها: وكان شريح يأخذ على القضاء أجرًا، وقالت عائشة: يأكل الوصي بقدر عمالته، وأكل أبو بكر وعمر... إلخ.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٨٨: بَعْثُ علي إلى اليمن تقدم في أدب القاضي، وليس فيه أيضًا: =

أيضًا(١)، وكان أبو بكرٍ وعمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يأخذان كِفايتَهما(٢)، وعلى ذلك إجماعُ الْمُسلِمين.

= أنه فرض له.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٨٧: في «مصنف» عبد الرزاق (١٥١٧٧ والطبراني ٢٠/ ٣٠ وأبو نعيم في «الحلية» ١/ ٢٣١ والحاكم مختصرًا ٥١٧٩ والبيهقي ١١٢٦٢) أخبرنا معمر عن الزهري عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه قال: كان معاذ بن جبل رجلًا سمحًا شابًّا جميلًا: من أفضل شباب قومه، وكان لا يمسك شيئًا، فلم يزل يدان حتى أغلق ماله، فأتى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يطلب إليه أن يحط عنه غرماؤه من الدين، فأبوا، فلو ترك لأحد من أجل أحد لتركوا لمعاذ من أجل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فباع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كل ماله في دينه، حتى قام معاذ بغير شيء، فلما كان في عام فتح مكة بعثه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على طائفة من اليمن أميرًا ليجيزه، فمكث معاذ باليمن أميرًا، وكان أول من اتجر في مال الله، فمكث حتى أصاب، وقبض النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقدم في خلافة أبي بكر، فقال عمر لأبي بكر: دع له ما يعيش به، وخذ سائره منه، فقال له أبو بكر: إنما بعثه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ليجيزه، ولست بآخذ منه شيئًا إلا أن يعطيني، فانطلق عمر إلى معاذ فذكر له ذلك، فقال له معاذ مثلما قال أبو بكر، فتركه، ثم أتى معاذ إلى أبي بكر، فقال: قد أطعت عمر، وأنا فاعل ما أمرني به، إني رأيت في المنام أني في حومة ماء، وقد خشيت الغرق، فخلصني منه عمر، ثم أتى بماله، وحلف أنه لم يكتم شيئًا، فقال له أبو بكر: والله لا آخذه منك، قد وهبته لك، فقال عمر: هذا حين طاب وحل، قال: فخرج معاذ عند ذلك إلى الشام، قال معمر: فأخبرني رجل من قريش قال: سمعت الزهري يقول: لما باع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مال معاذ أوقفه للناس، فقال: «من باع هذا شيئًا فهو باطل». انتهى.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٨٦: وروى -ابن سعد في «الطبقات»- في ترجمة أبي بكر: أخبرنا مسلم بن إبراهيم ثنا هشام الدستوائي ثنا عطاء بن السائب قال: لما استخلف أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أصبح غاديًا إلى السوق، يحمل ثيابًا على رقبته ليتجر فيها، فلقيه عمر بن الخطاب وأبو عبيدة بن الجراح، فقالا له: إلى أين يا خليفة رسول الله، وقد وليت أمر المسلمين؟ قال: فمن أين أطعم عيالي، قالا له: انطلق حتى نفرض لك شيئًا، فانطلق معهما، ففرضوا له كل يوم شطر شاة، فقال عمر: إلي القضاء، وقال أبو عبيدة: وإلي الفيء، قال عمر: فلقد كان يأتي علي الشهر ما يختصم فيه إلي اثنان. انتهى. =

ولأنه مَحبوسٌ بحُقوق الْمُسلِمين، والحبسُ من أَسباب النَّفَقةِ، كما في النِّكاح، والعِدّةِ، والوصِيِّ، والْمُضارِبِ إذا سافَر بمال الْمُضارَبةِ، فتكونُ نَفَقتُه في مالهم، وهو مالُ بيتِ المالِ.

وهذا إذا كان مالُ بيتِ المالِ حَلالًا جُمِع بحقٍّ، فإن كان حَرامًا جُمِع بباطِلٍ: لم يَحِلَّ أخذُه؛ لأن سَبيلَ الحَرامِ والغصبِ ردُّه على أَهله، وليس ذلك بمال عامّةِ الْمُسلِمين.

واتَّفَقوا أن القاضِيَ إذا كان مُحتاجًا فالأفضَلُ له -بل الواجِبُ عليه- أن يَأْخُذَ رِزقَه وكِفايتَه؛ لأنه لا يَتوصَّلُ إلى إقامة ما عليه إلا بذلك؛ إذ الاشتِغالُ بالكَسب يُقعِدُه عن إِقامة ما عليه، فلما كان القَضاءُ فرضًا عليه افتُرِض عليه ما لا يَتوصَّلُ إليه إلا به.

= أخبرنا أحمد بن عبد الله بن يونس ثنا أبو بكر بن عياش عن عمرو بن ميمون عن أبيه قال: لما استخلف أبو بكر جعلوا له ألفين، فقال: زيدوني، فإن لي عيالًا، وقد شغلتموني عن التجارة، قال: فزادوه خمسمائة، قال: فإما كانت ألفين فزادوه خمسمائة، أو كانت ألفين وخمسمائة وزادوه خمسمائة. انتهى.

أخبرنا محمد بن عمر الواقدي ثنا عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: بويع أبو بكر الصديق يوم قبض رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم الاثنين لاثنتي عشرة ليلة خلت من شهر ربيع الأول، سنة إحدى عشرة من الهجرة، وكان رجلًا تاجرًا يغدو كل يوم إلى السوق، فيبيع ويبتاع، فلما بويع للخلافة قال: والله ما يصلح للناس إلا التفرغ لهم، والنظر في شأنهم، ولا بد لعيالي مما يصلحهم، فترك التجارة، واستنفق من مال المسلمين ما يصلحه ويصلح عياله يومًا بيوم، وكان الذي فرضوا له في كل سنة ستة آلاف درهم، فلما حضرته الوفاة قال لهم: ردوا ما عندنا إلى بيت مال المسلمين، وإن أرضي التي هي بمكان كذا وكذا للمسلمين، بما أصبت من أموالهم، فدفع ذلك إلى عمر، فقال عمر: لقد والله أتعب من بعده. مختصر. انتهى.

قلت: وقد تقدم قول البخاري في «صحيحه» ٩/ ٦٧ في باب رزق الحكام والعاملين عليها: وكان شريح يأخذ على القضاء أجرًا، وقالت عائشة: يأكل الوصي بقدر عمالته، وأكل أبو بكر وعمر.

وإن كان غنيًّا: فقال بعضُهم: أخذُه حلالٌ؛ لأن الغنيَّ لا يَقومُ للنَّفَقة الدّارّةِ مع الشُّغلِ عن الكَسب، وتركُه أفضَلُ؛ رِفقًا ببَيت المالِ.

والأصَحُّ: أن أخذَه أفضَلُ؛ صِيانةً للحُكم عن أن يَهونَ عندَ الأُمَراءِ، ونظَرًا لمن يُولّى بعدَه من الْمُحتاجين؛ لأن الرِّزقَ إذا انقَطَع زَمانًا تَعذَّرت إعادتُه إذا نَزَل مَنزِلتَه مُحتاجٌ إليه.

وتَسمِيتُه رِزقًا يَدُلُّ على أنه مُقدَّرٌ بالكِفاية في كلِّ زَمانٍ، وقد جَرى الرَّسمُ بإِعطائه في أوَّل السَّنةِ؛ لأن الخَراجَ يُؤخَذُ في أوَّل السَّنةِ، وهو يُعطى منه.

وفي زَماننا: يُؤخَذُ الخَراجُ في آخِر السَّنةِ، والْمَأخوذُ من الخَراج خَراجُ السَّنةِ الماضِيةِ في الصَّحيح، **وعليه الفَتوى**.

فإن أخَذ الرِّزقَ في أوَّل السَّنةِ، ثم عُزِل قبلَ مُضِيِّ السَّنةِ.. هل يَجِبُ ردُّ رِزقِ ما بَقِي من السَّنة؟ قال بعضُهم: يَجِبُ الرَّدُّ، وقال بعضُهم: على قِياس قولِ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يَلزَمُه الرَّدُّ، وعلى قِياس قولِ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَلزَمُه الرَّدُّ، وقاسُوها على نَفَقة الزَّوجةِ إذا استَعجَلت، فمات أحَدُهما قبلَ مُضِيِّ السَّنةِ: لم تُرجَع عندَهما، خِلافًا لمحمدٍ.

والصَّحيحُ: أنه يَجِبُ الرَّدُّ.

ويَشتَري ما لا بُدَّ للصَّغير: عمٌّ، وأُمٌّ، ومُلتقِطٌ، لو في حِجْرِهم.

ومن كان في يَده لَقيطٌ لا أبَ له: فإنه يَجوزُ قَبولُه وقبضُه الهِبةَ والصَّدَقةَ له.

واصلُه: أن التَّصرُّفَ على الصِّغار ثَلاثةُ أنواعٍ:

نوعٌ هو من باب الوِلايةِ، لا يَملِكُه إلا من هو وليٌّ، كالإنكاح، والشِّراءِ، وبيعِ أموالِ

القُنيةِ، كالنَّقدَين ونحوِهما؛ لِقيامه[1] مَقامَه بإنابة الشَّرعِ.

ونوعٌ آخرُ: ما كان من ضَرورة حالِ الصِّغارِ، وهو شِراءُ ما لا بُدَّ للصِّغار منه وبيعُه، وإجارةُ الصِّغارِ، وذلك جائزٌ ممن يَعولُه ويُنفِقُ عليه، كالأَخ، والعمِّ، والأُمِّ، والْمُلتقِطُ إذا كان في حِجرهم، وإذا مَلَكه هؤلاء فلأَن يَملِكَ الوليُّ هذا النَّوعَ أَولى، إلا أنه لا يُشترَطُ في حقِّ الوليِّ قِيامُ الحِجرِ.

والنَّوعُ الثَّالثُ: ما هو نفعٌ محضٌ، كقَبول الهِبةِ والصَّدَقةِ والقبضِ، فإنه يَملِكُه الأخُ، والعمُّ، والأُمُّ، والْمُلتقِطُ، والصَّبيُّ بنَفسه إذا كان يَعقِلُ؛ لأنه لَمّا كان نفعًا محضًا أشبَه الإنفاقَ عليه، فيُملَكُ بالوِلاية والحِجرِ والعقلِ؛ تكثيرًا لطَريق الوُصولِ نظَرًا له.

وتُؤجِرُه أُمُّه(و) فقط.

ويَجوزُ للأُمِّ أن تُؤْجِرَ ابنَها إذا كان في حِجرها، ولا يَجوزُ للعمِّ والْمُلتقِطِ.

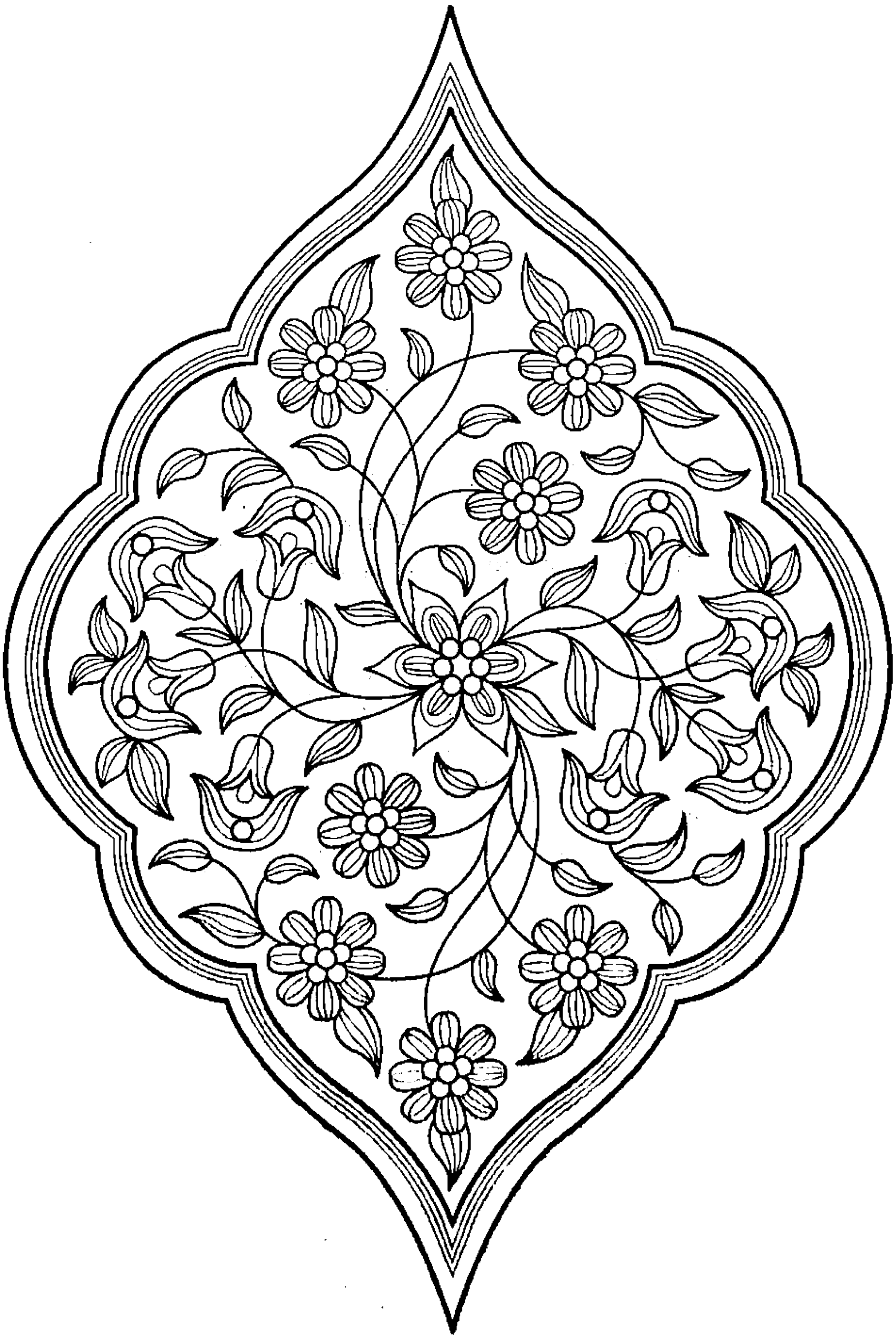
والفرقُ: أن الأُمَّ تَملِكُ إتلافَ مَنافِعِه بغَير عِوَضٍ بالاستِخدام، فلأَن تَملِكَ إتلافَ مَنافِعِه بعِوَضٍ بالإجارة أَولى، ولا كذلك العمُّ والْمُلتقِطُ.

ولو آجَر الصَّبيُّ نفسَه لم يَجُز؛ لأنه مَشوبٌ بالضَّرَر، إلا إذا فَرَغ من العَمَل؛ لأنه تَمحَّض نفعًا عندَه، فيَجِبُ الْمُسمّى، وقد مَرَّ نَظيرُه في العَبد الْمَحجورِ إذا آجَر نفسَه.

وإن كان الصَّغيرُ في عِيال العمِّ، فآجَرتْه أُمُّه: صَحّ؛ لأنه من الحِفظ، وهذا عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ؛ لأن الحِفظَ هنا إلى العمّ.

(١) في (ب): لقيامهما.

كِتَابُ
إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ



كتاب إحياء الموات

كِتابُ إحياءِ الْمَواتِ(1)

أرضٌ تَعذَّر زرعُها بانقِطاع الماءِ، أو غَلَبتِه، غيرُ مَملوكةٍ، بَعيدةٌ من عامرٍ، بحيث لا يُسمَعُ صوتٌ(م) من أقصاه.

الْمَواتُ: أرضٌ تَعذَّر زرعُها لانقِطاع الماءِ عنه، أو لغَلَبة الماءِ عليه، وما أشبَه ذلك مما يَمنَعُ الزِّراعةَ.

سُمِّي به: لبُطلان الانتِفاعِ به؛ تَشبيهًا بالحَيَوان إذا مات وبَطَل الانتِفاعُ به.

ويُشترَطُ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن لا يَكونَ مَملوكًا لِمُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ، مع انقِطاعِ

(1) الإحياءُ لُغةً: جعلُ الشَّيءِ حَيًّا، أي ذا قُوّةٍ حَسّاسةٍ أو ناميةٍ، وعُرفًا: التَّصرُّفُ في أرض مَواتٍ، ولو بسَقْيٍ أو كِرابٍ.

والْمَواتُ -بفَتح المِيمِ وضَمِّها- لُغةً: أرضٌ لا مالِكَ لها. «الدر المنتقى» ٥/ ٧.

المراد بالإحياء: إحياؤها بالحياة النامية، قال الله تعالى: ﴿فَأَحْيَيْنَا بِهِ ٱلْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَآ﴾ [فاطر: ٩]، وإنما سمي مواتًا لبطلان الانتفاع بها، كالميت الحقيقي، وفي «المغرب»: الموات: الأرض الخراب، وخلافه العامر. وعن الطحاوي: هي ما ليس بملك لأحد، ولا هي من مرافق البلد، وكانت خارجة البلد، سواء قربت منه أو بعدت في ظاهرة الرواية، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أرض الموات: هي البقعة التي لو وقف رجل على أدناه من العامر ونادى بأعلى صوته لم يسمعه أقرب من في العامر إليه. «الأنيس» ص١٠٥.

الارتفاقِ بها؛ لأن الميْتةَ على الإطلاق تنصرِفُ إلى الكامِل، وكَمالُه بأن لا يَكونَ مَملوكًا لأحدٍ؛ لأنه إذا كان مَملوكًا لِمُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ لا يَكونُ مَواتًا؛ لأنه إن عُرِف مالِكُه فهو له، وإن لم يُعرَف مالِكُه فهو لجَماعة الْمُسلِمين، ولو ظَهَر له مالِكٌ يُرَدُّ عليه، ويَضمَنُ الزّارِعُ نُقصانَها.

وذَكَر القُدُوريُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فما كان منها عادِيًّا -أي قَدِم خَرابُه، كأنه خَرِب في عَهد عادٍ، لا ما كان لعادٍ- لا مالِكَ له، أو كان مَملوكًا في الإِسلام لا يُعرَفُ له مالِكٌ بعَينه، وهو بَعيدٌ من القَرية بحيث إذا وَقَف إنسانٌ من أَقصى العامِرِ فصاح.. لم يُسمَع الصَّوتُ فيه: فهو مَواتٌ.

وقال القاضِي فخرُ الدِّينِ: وأَصَحُّ ما قِيل فيه: أن يَقِفَ الرَّجُلُ على طَرَف عُمرانِ القَريةِ، فيُناديَ بأَعلى صوتِه، فإلى أيِّ مَوضِعٍ يَنتَهي إليه صوتُه يَكونُ من فِناء العُمرانِ؛ لأن أهلَ القَريةِ يَحتاجون إلى ذلك الْمَوضِعِ لرَعي الْمَواشِي أو غيرِه، وما وراءَ ذلك يَكونُ من الْمَوات إذا لم يُعرَف لها مالِكٌ.

والبُعدُ عن القَرية على ما قال شَرَطه أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الظّاهرَ أن ارتِفاقَ أهلِها عنه لا يَنقطِعُ إذا كان قَريبًا.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُعتبَرُ انقِطاعُ ارتِفاقِ أهلِ القَريةِ عنها حَقيقةً، وإن كان قَريبًا من القَرية.

فالحاصِلُ: أن عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُدارُ الحُكمُ على القُرب والبُعدِ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُدارُ على حَقيقة الارتِفاقِ.

وشمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ اعتَمَد ما اختاره أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ومَلَكه مُحيِيه بإذن(س م ف) الإمامِ، ولو ذِمِّيًا، لا مُحجِّرُه[1].

ثم من أَحياه بإذن الإمامِ مَلَكه، وإن أَحياه بغَير إذنِه لم يَملِكه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقالا: يَملِكُه؛ لأن رَسولَ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد أذِن في ذلك، ومَلَّكها من أَحياها، حيث قال: «من أَحيا أرضًا ميْتةً فهي له»[2].

ولأنه مُباحٌ سَبقت يدُه إليه، فكان أحقَّ به، كما لو أَخذ صيدًا، أو حطَبًا، أو حَشيشًا، أو وَجد مَعدِنًا أو رِكازًا في مَوضِعٍ لا حقَّ لأحدٍ فيه.

وله: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ليس للمَرء إلا ما طابت به نفسُ إمامِه»[3].

ومَرويُّهما[4] مَحمولٌ على أنه إذنٌ لقومٍ مَخصوصٍ[5] لا أنه نصبٌ لشرعٍ، كما مَرَّ[6] في قَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من قَتَل قَتيلًا فله سَلَبُه»[7].

ولأن هذه الأراضِيَ كانت في أيدِي الْمُشرِكين، ثم صارت في أيدِي الْمُسلِمين بإِيجاف الخيلِ والرِّكابِ، وما يَكونُ بهذه الصِّفةِ لا يَختصُّ أحدٌ بشيءٍ منه بغَير إذنِ

---

(١) التحجير: وضع الأحجار وغيرها في أرضه عَلَمًا، ليَحْجُرَها ويمنَعَها عن الغير. «التعريفات الفقهية» ص٥٢.

(٢) رواه الإمام أحمد (١٤٦٣٦)، وأبو داود (٣٠٧٣)، والترمذي (١٣٧٨). ورواه البخاري ٣/١٠٦ معلقًا موقوفًا على عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

(٣) رواه الطبراني (٣٥٣٣)، وابن بشران في «أماليه» (١٤٠٦)، والبيهقي في «المعرفة» (١٢١٧٥).

(٤) أي حديث: «من أحيا أرضًا ميتةً فهي له».

(٥) في (هـ): مخصوصين.

(٦) في (ب): كما هو.

(٧) هذا لفظ ابن أبي شيبة (٣٣٠٨٤)، ورواه البخاري (٣١٤٢) ومسلم (١٧٥١) بلفظ: «من قتل قتيلًا له عليه بينة: فله سلبه».

الإمامِ، كالغَنائِم.

ويَجِبُ فيه العُشرُ؛ لأنه لا يَجوزُ ابتِداءُ توظيفِ الخَراجِ على الْمُسلِم إلا إذا سَقاه بماء الخَراجِ؛ لأنه حينَئذٍ يكونُ إبقاءُ الخَراجِ باعتِبار الماءِ.

فلو أَحياها ثم ترَكها، فزرَعها غيرُه: فالثّاني أحقُّ بها عندَ البعضِ؛ لأن الأوّلَ مَلَك استِغلالَها دونَ رَقَبتِها، فإذا ترَكها صار الثّاني أحقَّ بها.

والأصَحُّ: أن الأوّلَ يَنزِعُها من الثّانِي؛ لأن الأوّلَ مَلَكها بالإحياء؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ قال: «فهي له»[1]، واللّامُ للمِلك، ومِلكُه لا يَزولُ بترَكه.

ومن أَحيا أرضًا ميْتةً، ثم أَحاط الإحياءُ بجَوانِبها الأربَعةِ من أربَعة نفَرٍ على التَّعاقُب.. فعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن طَريقَ الأوّلِ في الأَرض الرّابعةِ؛ لأن الرّابعَ قَصد إبطالَ حقِّه؛ لأنها تَعيَّنت لتَطرُّقه.

ويَملِكُه الذِّمّيُّ بالإحياء، كما يَملِكُه الْمُسلِمُ؛ لأن النَّصَّ لا يَفصِلُ، ولأن الإحياءَ سبَبُ الْمِلكِ، وهو كالْمُسلِم في سائِر أسبابِ الْمِلكِ؛ ألا ترى أنّا نَملِكُ مالَ الكافِرِ بالاستيلاء، فكذا الكافِرُ يَملِكُ مالَ الْمُسلِمِ بالاستيلاء، فكذا فيه.

ومن حَجَّر أرضًا ولم يَعمُرها ثَلاثَ سِنينَ: أَخذها الإمامُ ودَفَعها إلى غَيره؛ لأن الإمامَ إنما دَفَعها إلى الأوّل ليَعمُرَها، فيَحصُلَ للمُسلِمين مَنفَعةُ العُشرِ والخَراجِ، فإذا لم يَحصُل يَدفَعُه إلى غيره ليَحصُلَ الْمَقصودُ.

ولأن التَّحجيرَ ليس بإحياءٍ في الصَّحيح ليَملِكَه به؛ لأن الإحياءَ أن يَجعَلَها صالِحةً للزّراعة، والتَّحجيرُ للإعلام، مُشتقٌّ من الحَجْر، وهو المنعُ، فإن من أعلَم في مَوضِعٍ من الْمَوات عَلامةً فكأنه مَنَع الغيرَ من إحياء ذلك الْمَوضِعِ، فبَقِي غيرَ مَملوكٍ كما كان.

(١) أي في حديث: «من أحيا أرضًا...».

وإنما تُرك ثلاثَ سِنينَ: لقَول عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: ليس لِمُتحجِّرٍ بعدَ ثلاثِ سِنينَ حقٌّ[1].

ولأنه إذا أعلَمه يَحتاجُ إلى أن يَرجِعَ إلى وَطَنه ويُهيِّئَ أسبابَه، ثم يَرجِعَ إلى ذلك الْمَوضِعِ فيُحيِيَه، فجُعِل له من الْمُدّة للرُّجوع إلى وَطَنه سَنَةٌ؛ لأن دارَ الإسلامِ من أدناها إلى أَقصاها تُقطَعُ في سنةٍ، فلعله إنما يُحجِّرُ في أَقصى طرَفِ دارِ الإسلامِ، وبلَدُه في الطَّرَف الآخَرِ من دار الإسلامِ، ولإصلاح أُمورِه في وَطَنه سَنَةٌ، وللرُّجوع إلى ذلك الْمَوضِعِ سَنَةٌ، فلا يَنبَغي أن يَشتغِلَ بإِحياء ذلك الْمَوضِعِ غيرُه إلى ثَلاث سِنينَ، ولكن يَنتظِرُه ليَرجِعَ، وبعدَ مُضِيِّ هذه الْمُدّةِ الظّاهرُ أنه قد بَدا له، وأنه لا يُريدُ الرُّجوعَ إليها، فيَجوزُ لغَيره إحياؤُها.

وهذا من طَريق الدِّيانةِ، فأما في الحُكم: إذا أَحياها إنسانٌ قبلَ مُضِيِّ هذه الْمُدّةِ فهي له؛ لتَحقُّق الإحياءِ منه دونَ الأوَّلِ، وصار كالاستِيام[2]، فإنه يُكرَهُ، ولكنه لو فَعَل يَصِحُّ العقدُ.

ثم التَّحجُّرُ[3] قد يَكونُ بوَضع الأحجارِ عليه، وقد يَكونُ بغَير الحَجَرِ، بأن غَرَز حولَها أغصانًا يابِسةً، أو نَقّى الأرضَ وأحرَق ما فيها من الشَّوك، أو حَصَد ما فيها من الحَشيش أو الشَّوكِ وجَعَلها حولَها، وجَعَل التُّرابَ عليها، من غَير أن يُتِمَّ الْمُسنّاةَ؛ ليَمنَعَ النّاسَ من الدُّخول، أو حَفَر من بِئرٍ ذِراعًا أو ذِراعَين، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «من حَفَر بِئرًا مِقدارَ ذِراعٍ فهو مُتحجِّرٌ»[4].

(١) رواه الإمام أبو يوسف في «الآثار» ص٧٧، وابن زنجويه في «الأموال» (١٠٦٢)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٩٠.

(٢) أي كالسوم على سوم أخيه.

(٣) في (هـ) و(ز): التحجير.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٩١: قوله: وفي الأخير ورد الخبر، قلت: قال السغناقي في «الشرح»:=

ولو كَرَبها، أو ضَرَب عليها الْمُسنّاةَ، أو شَقَّ لها نهرًا: فهو إحياءٌ، كذا في «الْمَبسوط».

وذَكَر في «الهِداية»: ولو كَرَبها وسَقاها.. فعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إحياءٌ، ولو فَعَل أحَدَهما يَكونُ تَحجيرًا، ولو حَفَر أنهارَها ولم يَسقِها: يَكونُ تَحجيرًا، وإن سَقاها مع حفرِ الأنهارِ كان إحياءً؛ لوُجود الفِعلَين، وإن حَوَّطها وسَنَّمها بحيث يَعصِمُ الماءَ: يَكونُ إحياءً؛ لأنه من جُملة البِناءِ، وكذا إذا بَذَرها.

ولا يَجوزُ إحياءُ ما قَرُب من العامِر، ويُترَكُ مَرعًى لأَهل القَريةِ ومُطَّرَحًا لحَصائِدهم؛ لتَحقُّق حاجتِهم إليها حَقيقةً عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، أو دَليلًا عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فصار كالنَّهر والطَّريقِ.

وعلى هذا قالُوا[1]: لا يَجوزُ للإمام أن يُقطِعَ ما لا غِنى بالْمُسلِمين عنه، كالْمِلح والآبارِ التي يَستَقي النّاسُ منها؛ لِما ذَكَرنا.

وحَريمُ[2] البِئرِ أربَعون(س م) ذِراعًا من كلِّ جانِبٍ(و)، والعَينِ: خَمسُمائةٍ، ومُنِع من حفرٍ في حَريمها، والقَناةِ[3]: بقَدْر ما يُصلِحُها.

ومن حَفَر بِئرًا في أرضِ مَواتٍ بإِذن الإمامِ عندَه، أو بإِذنه وبغَير إذنِه عندَهما: فله حَريمُها؛ لأن حفْرَ البِئرِ إحياءٌ.

فإن كانت للعَطَن -وهي التي يُنزَحُ الماءُ منها باليد-: فحَريمُهما أربَعون ذِراعًا؛

= الأخير: هو حفر البئر، ورد فيه الخبر، وهو قوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «من حفر من بئر مقدار ذراع، فهو محتجر»، وهذا الحديث ما رأيته، ولا أعرفه، ولم أر من ذكره.

(١) في (ب) و(د): قالا. وانظر «الهداية» ٤/ ٣٨٤.

(٢) حريم الشيء: ما حوله من حقوقه ومرافقه، سمي بذلك لأنه يُحَرَّم على غير مالكه أن يستبد بالانتفاع. «المصباح» ١/ ١٣١.

(٣) القناة: مجرى الماء تحت الأرض، وأصلها من قناة الرمح وهي خشبها. «المغرب» ٣٩٥.

لقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من حَفَر بِئرًا فله ما حولَها أربعون ذِراعًا»[1].

ولأن حافِرَ البِئرِ لا يَتمكَّنُ من الانتِفاع ببِئره إلا بما حولَها؛ فإنه يَحتاجُ إلى أن يَقِفَ على شَفير البِئرِ ليَستقيَ الماءَ، وإلى أن يَبنيَ على شَفير البِئرِ ما يُركِّبُ عليه البَكرةَ، وإلى أن يَبنيَ حوضًا يَجتمِعُ فيه الماءُ، وإلى مَوضِعٍ تَقِفُ فيه مَواشِيه عندَ الشُّربِ، وإلى مَوضِعٍ تَنامُ فيه مَواشِيه بعدَ الشُّربِ، فاستَحقَّ الحَريمَ لذلك.

وقَدَّره الشَّرعُ بأربَعين، ثم قِيل: أربَعون ذِراعًا من الجَوانِب الأربَعةِ، من كلِّ جانِبٍ عشَرةُ أذرُعٍ؛ لأن ظاهِرَ اللَّفظِ يَجمَعُ الجَوانِبَ الأربَعةَ.

والصَّحيحُ: أن الْمُرادَ به أربَعون ذِراعًا من كلِّ جانِبٍ؛ لأن الْمَقصودَ دفعُ الضَّررِ عن صاحِب البِئرِ الأُولى؛ لكي لا يَحفِرَ أحدٌ في حَريمه بِئرًا أُخرى، فيَتحوَّلَ إليها ماءُ بِئرِه، وهذا الضَّرَرُ لا يَندفِعُ بعَشَرة أذرُعٍ من كلِّ جانِبٍ؛ فإن الأراضِيَ تَختلِفُ صَلابةً ورِخاوةً، فربما يَجيءُ آخرُ ويَحفِرُ بِئرًا أُخرى بقُربه، ويَتحوَّلُ ماءُ البِئرِ الأُولى إليه، فتَتعطَّلُ عليه مَنفَعةُ بِئرِه، وفي مِقدار أربَعين ذِراعًا من كلِّ جانِبٍ يَندفِعُ هذا الضَّرَرُ بيَقين.

وإن كانت للنّاضِح -وهي التي يُنزَحُ الماءُ منها بالبَعير-: فكذلك عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أربَعون ذِراعًا، وعندَهما: حَريمُها سِتُّون ذِراعًا؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ:

---

(1) رواه بألفاظ متقاربة: ابن ماجه (٢٤٨٦)، والدارمي (٢٦٦٨)، ويحيى بن آدم في «الخراج» (٣٢٣)، وبمعناه عند الإمام أحمد (١٠٤١١)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٩١.

لفظ ابن ماجه: «من حفر بئرًا فله أربعون ذراعًا عطنًا لماشيته».

ولفظ الدارمي: «من احتفر بئرًا فليس لأحد أن يحفر حوله أربعين ذراعًا عطنًا لماشيته».

ولفظ يحيى: «من حفر بئرًا فله أربعون ذراعًا حولها عطن لماشيته».

ولفظ الإمام أحمد: «حريم البئر أربعون ذراعًا من حواليها كلها، لأعطان الإبل والغنم، وابنُ السبيل أولُ شارب، ولا يُمنع فضلُ ماء ليُمنع به الكلأ».

«حَريمُ العَينِ خَمسُمائةِ ذِراعٍ، وحَريمُ بِئرِ العطَنِ أربَعون ذِراعًا، وحَريمُ بِئرِ النّاضحِ سِتُّون ذِراعًا»[١].

ولأن استِحقاقَ الحَريمِ باعتِبار الحاجةِ، وحاجةُ صاحِبِ بِئرِ النّاضحِ أكثَرُ؛ لأنه يَحتاجُ إلى مَوضِعٍ يُسيِّرُ فيه النّاضحَ لِيَستقيَ الماءَ من البِئر، وقد يَطولُ الرِّشاءُ، وفي بِئر العطَنِ إنما يَستَقي بيَده، فقَلَّت الحاجةُ، فلا بُدَّ من التَّفاوُت.

وله: ما رَوَينا[٢]، ولا فصلَ فيه بينَ العطَنِ والنّاضحِ، فهو عليهما، ومن أَصله: أن العامَّ الْمُتَّفَقَ على قَبوله والعمَلِ به يَترجَّحُ على الخاصِّ الْمُختلَفِ في قَبوله والعمَلِ به، ولهذا رَجَّح قولَه: «ما أخرَجت[٣] الأرضُ ففيه العُشرُ»[٤] على قَوله: «وليس فيما دونَ

(١) قال في «منية الألمعي» ص٥٦: رواه محمد بن الحسن في «الأصل» (٨/ ١٤٦) من حديث الزهري. انتهى، وفي مصنف ابن أبي شيبة (٢١٣٥٥): قال الزهري: وبلغني أن حريم العين خمسمائة ذراع. وانظر «البناية» ١٢/ ٦٩٦.

وقال في «نصب الراية» ٤/ ٢٩٢: غريب، وأخرج أبو داود في «مراسيله» (٤٠٢) عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «حريم البئر العادية خمسون ذراعًا، وحريم بئر البَدِيِّ خمس وعشرون ذراعًا»، قال سعيد من قبل نفسه: وحريم قليب الزرع ثلثمائة ذراع، وزاد الزهري: وحريم العين خمسمائة ذراع من كل ناحية، فهذا حريم ما يأذن به السلطان، إلا أن يكون القوم في أرض أسلموا عليها وابتاعوها... إلخ.

(٢) أي حديث: «من حَفَر بِئرًا فله ما حولَها أربَعون ذِراعًا».

(٣) في (هـ): أخرجته.

(٤) قال في «نصب الراية» ٢/ ٣٨٤: غريب بهذا اللفظ، وبمعناه ما أخرجه البخاري (١٤٨٣) عن الزهري عن سالم عن ابن عمر قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فيما سقت السماء والعيون، أو كان عَثَرِيًّا العشر، وفيما سقي بالنضح نصف العشر». انتهى، رواه أبو داود (١٥٩٦) بلفظ: «فيما سقت السماء والأنهار والعيون، أو كان بعلًا: العشر، وفيما سقي بالسواني أو النضح: نصف العشر». انتهى،=

خَمسةِ أوسُقٍ صَدَقةٌ»[١]، وعلى قوله: «ليس[٢] في الخَضراوات صَدَقةٌ[٣]»[٤].

ورَجَّح أصحابُنا قولَه: «التَّمرُ بالتَّمر مِثلًا بمِثلٍ»[٥] على خَبَر العَرايا[٦].

ولأن استِحقاقَ الحَريمِ حُكمٌ ثَبَت بالنَّصِّ بخِلاف القِياسِ؛ لأن الاستِحقاقَ باعتِبار عمَلِه، وعمَلُه في مَوضِع البِئرِ خاصّةً، فكان يَنبَغي أن لا[٧] يَستحِقَّ شيئًا من الحَريم، ولكنّا تَركنا هذا القِياسَ بالنَّصِّ، فبقَدْر ما اتَّفَق عليه الآثارُ ثَبَت الاستِحقاقُ، وما زاد على ذلك مما اختَلَف فيه الأثَرُ عَمِلنا بالقِياس، ولم نُثبِت الاستِحقاقَ بالشَّكِّ.

ولأنه قد يُستقى من بِئر العطَنِ بالنّاضِح، ومن بِئر النّاضِح باليَد، فاستَوت الحاجةُ فيهما، ويُمكِنُه أن يُديرَ البَعيرَ حولَ البِئرِ، فلا يَحتاجُ إلى زِيادة مَسافةٍ.

وحَريمُ العَينِ خَمسُمائةِ ذِراعٍ؛ لِما رَوَينا[٨]، ولأنه يُحتاجُ فيها إلى زِيادة الْمَسافةِ؛

= وأخرج مسلم (٩٨١) عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فيما سقت الأنهار والغيم: العشر، وفيما سقي بالسانية: نصف العشر». انتهى.

(١) رواه البخاري (١٤٨٤)، ومسلم (٩٧٩).

(٢) في (هـ): وليس.

(٣) في (هـ): شيء.

(٤) روى الدارقطني (١٩١٩) عن موسى بن طلحة: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى أن تؤخذ من الخضراوات صدقة.

(٥) روى مسلم (١٥٨٨) مرفوعًا: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح.. مثلًا بمثل».

(٦) أي حديث أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن الْمُزابَنة، ورَخَّص في العَرايا. رواه البخاري (٢٣٨١)، ومسلم (١٥٣٦). وهي: أن تُباعَ بخَرْصها تمرًا.

(٧) غير مثبتة في (ب) و(د) و(هـ).

(٨) أي حديث: «حريم العين خمسمائة ذراع...».

إذ العَينُ إنما تُستخرَجُ للزِّراعة، فلا بُدَّ من مَوضِعٍ يَجري فيه الماءُ، ومن مَوضِعٍ يَجتمِعُ فيه الماءُ، ومن مَوضِعٍ يَجري فيه إلى الْمَزرَعة، فلهذا قُدِّر بالزِّيادة، والتَّوقيفُ ورَدَ بخَمسمِائةٍ، فاتَّبعناه؛ إذ لا مَدخَلَ للرَّأي في الْمَقادِير.

ثم عندَ بعضِهم: خَمسُمائةٍ من الجَوانِب الأربَعةِ، من كلِّ جانِبٍ مِائةٌ وخَمسةٌ وعِشرون ذِراعًا، **والأصَحُّ**: أنه خَمسُمائةِ ذِراعٍ من كلِّ جانِبٍ.

والذِّراعُ هو الْمُكسَّرةُ، وهو سِتُّ قَبَضاتٍ، وكان ذِراعُ الْمَلِكِ سبعَ قَبَضاتٍ، فكُسِر منه قَبضةٌ.

وقِيل: إن التَّقديرَ في البِئر والعَينِ بما ذَكَرناه في أراضِيهم لصَلابتها، وفي أراضِينا يُزادُ؛ لرِخاوتها؛ لئلا يَتحوَّلَ الماءُ إلى الثّانية، فتَتعطَّلَ الأُولى، فمن أَراد أن يَحفِرَ في حَريمها مُنِع من الحَفر في حَريمها؛ لأن حَريمَ البِئرِ صار مَملوكًا لصاحِب البِئرِ ضَرورةَ تَمكُّنِه من الانتِفاع بها، فكان الثّاني مُتعدِّيًا بتَصرُّفه في مِلكه.

فإن حَفَر آخرُ بِئرًا في حَريم الأُولى فللأوَّل أن يَسُدَّ ما احتَفَره الثّانِي، ولا يُضمِّنَه النُّقصانَ، وللأوَّل أن يَأخُذَه بكَبس ما احتَفَره؛ لأن إزالةَ جِنايةِ حفرِه به، كما في الكُناسة يُلقِيها في دار غيرِه يُؤخَذُ برَفعها، وقِيل: يُضمِّنُه النُّقصانَ، ثم يَكبِسُه بنَفسه، كما إذا هَدَم جِدارَ غيرِه، وهذا هو **الصَّحيحُ**.

وما عَطِب في الأُولى فلا ضَمانَ فيه؛ لأنه غيرُ مُتعدٍّ في حَفره، إن كان بإذن الإمامِ فظاهِرٌ، وكذا إن كان بغَير إذنِه عندَهما، وعندَه: يُجعَلُ الحفرُ تَحجُّرًا، وله ذلك بغَير إذنِ الإمامِ، وإن لم يَثبُت له الْمِلكُ بذلك.

وما عَطِب في الثّانية فهو مَضمونٌ على الثّاني؛ لأنه مُتعدٍّ فيه حيث حَفَر في مِلك غيرِه.

وإن حَفَر الثّاني بِئرًا بأمر الإمامِ في غَير حَريمِ الأوَّلِ، وهي قَريبةٌ منه، فذَهَب ماءُ

البئرِ الأُولى، وعُرِف أن ذَهابَ ذلك من حَفر الثّاني: فلا شيءَ عليه؛ لأنه غيرُ مُتعدٍّ فيما صَنَع.

والماءُ تحتَ الأرضِ غيرُ مَملوكٍ لأحدٍ، فليس له أن يُخاصِمَه في تَحويل ماءِ بئرِه إلى بئر الثّاني، كالتّاجِر إذا كان له حانوتٍ، فاتَّخذ آخرُ بجَنبه حانُوتًا لِمثل تلك التِّجارة، فكَسَدت تِجارةُ الأوَّلِ بذلك: لم يكن له أن يُخاصِمَ الثّانيَ.

وللثّانِي الحَريمُ من الجَوانِب الثَّلاثةِ دونَ الجانِبِ الأوَّلِ؛ لسَبق مِلكِ الحافِرِ الأوَّلِ فيه.

وحَريمُ القَناةِ بقَدْر ما يُصلِحُه، وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه بمَنزِلة البئرِ في استِحقاق الحَريمِ، وقِيل: هذا عندَهما، وأما عندَه: فلا حَريمَ له ما لم يَظهَر الماءُ على وَجه الأرضِ؛ لأنها نهرٌ في الحَقيقة، فتُعتبَرُ بالنَّهر الظّاهِرِ.

قالُوا: وعندَ ظُهورِ الماءِ على الأَرض هو بمَنزِلة عَينٍ فوّارةٍ، فيُقدَّرُ حَريمُه بخَمسمِائةِ ذِراعٍ.

وحَريمُ شجَرةٍ تُغرَسُ في أرضٍ مَواتٍ: خَمسةُ أذرُعٍ، حتى لم يكن لغَيره أن يَغرِسَ شجَرًا في حَريمه؛ لأنه يَحتاجُ إلى الحَريم لجِداد ثمَرِه وللوَضع فيه وغيرِ ذلك.

وقد صَحَّ أن رَجُلًا غَرَس شجَرةً في أرضٍ فَلاةٍ، فجاء آخرُ وأَراد أن يَغرِسَ شجَرةً أُخرى بجَنبها، فاختَصَما إلى النَّبيِّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ، فجَعَل له النَّبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ من الحَريم خَمسةَ أذرُعٍ[1]، وأطلَقَ الآخرَ فيما وراءَ ذلك.

---

(١) روى أبو داود (٣٦٤٠) عن عبد العزيز بن محمد عن أبي طوالة، وعمرو بن يحيى عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري قال: اختصم إلى رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ رجلان في حريم نخلة، في حديث أحدهما: فأمر بها فذرعت فوجدت سبعة أذرع، وفي حديث الآخر: فوجدت خمسة أذرع، فقضى بذلك، قال عبد العزيز: فأمر بجريدة من جريدها فذرعت.

وما عَدَلَ عنه دِجلةُ، ولم يُحتمَل عَودُه إليه: يُحيَا، وإن احتُمِل لا.

وما تَرَكَ الفُراتُ أو دِجلةُ، وعَدَلَ عنه الماءُ، ويَجوزُ عَودُه إليه: لم يَجُز إحياؤُه لحاجة النَّهرِ إليه، وإن لم يُحتمَل أن يَعودَ إليه: فهو كالْمَوات إذا لم يكن حَريمًا لعامرٍ؛ لأنه ليس في مِلك أحدٍ؛ إذ قهرُ الماءِ يَدفعُ قهرَ غيرِه، وهو اليومَ في يَد الإمامِ.

ولا حَريمَ للنَّهر (س م).

ومن كان له نهرٌ في أَرض غيرِه: فليس له حَريمٌ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، إلا أن يُقيمَ بيِّنةً على ذلك، وقالا: له مُسنّاةُ النَّهرِ يَمشي عليها، ويُلقي عليها طِينَه.

وأصلُ هذه الْمَسألةِ: أن من حَفَر نهرًا في أرضٍ مَواتٍ بإِذن الإمامِ في مَوضِعٍ لا حقَّ لأحدٍ فيه: لا يَستحِقُّ له حَريمًا عندَه، وعندَهما: يَستحِقُّ له حَريمًا من الجانِبَين؛ لأن استِحقاقَ الحَريمِ للحاجة، وصاحِبُ النَّهرِ مُحتاجٌ إليه، كصاحِب[1] البِئرِ والعَينِ؛ وهذا لأنه يَحتاجُ إلى الْمَشي على حافَتَي النَّهرِ ليُجريَ الماءَ في النَّهر إذا احتبَس بشيءٍ وَقَع في النَّهر؛ إذ لا يُمكِنُه المشيُ في وَسَط النَّهرِ، وكذا يَحتاجُ إلى مَوضِعٍ يُلقي عليه الطِّينَ عندَ الكَرْيِ؛ لِما في النَّقل إلى أسفَله من الحَرَج ما لا يَخفى.

وله: أن استِحقاقَ الحَريمِ فيهما بالنَّصِّ[2] بخِلاف القِياسِ، فلا يُلحَقُ به ما ليس في مَعناهما من كلِّ وجهٍ، والنَّهرُ ليس في مَعناهما؛ لأن الحاجةَ ثَمَّ مُتحقِّقةٌ في الحال، وهنا الحاجةُ مَوهومةٌ باعتِبار الكَرْيِ، وقد يُحتاجُ إلى ذلك وقد لا يُحتاجُ، والانتِفاعُ لا يَتأتّى بالبِئر بدُون الحَريمِ، وهنا يَتأتّى، إلا أنه يَلحَقُه في ذلك بعضُ الحرَجِ في نَقل الطِّينِ أو المشيِ في وَسَط النَّهرِ، فأخذنا فيه بأَصل القِياسِ؛ ألا تَرى أن من بَنى قصرًا في مَفازةٍ لا

(١) في (ج): كحاجة صاحب.

(٢) وهو ما تقدم من النصوص في تحديد الحُرُم للآبار.

يَستحِقُّ لذلك حَريمًا، وإن كان يَحتاجُ إلى ذلك لإلقاء الكُناسةِ فيه؛ لعَدَم وُرودِ النَّصِّ.

فإذا ثَبَت من أَصلهما أن صاحِبَ النَّهرِ يَستحِقُّ الحَريمَ.. فعندَ الْمُنازَعةِ الظَّاهرُ شاهِدٌ له، وعندَه: لَمّا لم يَستحِقَّ للنَّهر حَريمًا فالظّاهرُ شاهِدٌ لصاحِب الأرضِ؛ لِما نَذكُرُه إن شاء اللهُ تَعالى.

والوجهُ لهما في هذه الْمَسألةِ على سَبيل الابتِداءِ: أن القولَ لذي اليدِ عندَ الْمُنازَعةِ، وصاحِبُ النَّهرِ مُستعمِلٌ لحَريم النَّهرِ لاستِمساك الماءِ في النَّهر وإلقاءِ الطِّينِ عليه، والاستِعمالُ يدٌ، فباعتِبار أنه في يَده جُعِل القولُ قولَه، كما لو تَنازَعا في ثَوبٍ وأحَدُهما لابِسُه.

وله: أن الحَريمَ أشبَهُ بالأَرض صُورةً؛ لاستِوائهما، بخِلاف النَّهرِ، ومَعنًى، لصَلاحِيَتهما للغَرس والزِّراعةِ، والظّاهرُ شاهِدٌ لمن في يَده ما هو أشبَهُ به، كما لو تَنازَعا في مِصراع بابٍ ليس في يَدهما، والْمِصراعُ الآخرُ مُعلَّقٌ على باب أَحَدِهما: يُقضى لمن في يَده ما هو أشبَهُ بالْمُتنازَع فيه، والقَضاءُ في مَوضِع النِّزاع قَضاءُ تركٍ، ولا مُنازَعةَ فيما به استِمساكُ الماءِ، إنما الْمُنازَعةُ فيما وراءَه مما يَصلُحُ للغَرس.

على أنه إن كان صاحِبُ النَّهرِ يُمسِكُ ماءَ نهرِه به فصاحِبُ الأرضِ يَدفَعُ الماءَ بالحَريم عن أَرضه، فقد استَويا في استِعمال الحَريمِ، وتَرجَّح صاحِبُ الأرضِ من الوَجه الذي قَرَّرنا، ولكن ليس له أن يَهدِمَه؛ لأن لصاحِب النَّهرِ حقَّ استِمساكِ الماءِ في نَهره به، فلا يَكونُ لصاحِب الأرضِ أن يُبطِلَ حقَّه بهَدمه، كحائِطٍ لرَجُلٍ ولآخرَ عليه جُذوعٌ: لا يَكونُ لصاحِب الحائِطِ أن يَهدِمَ الحائِطَ وإن كان مَملوكًا له؛ رِعايةً لحقِّ صاحِبِ الجُذوعِ.

وفي «الجامعِ الصَّغيرِ»: نهرٌ لرَجُلٍ إلى جَنبه مُسنّاةٌ، وأرضٌ لرَجُلٍ خلفَ الْمُسنّاةِ

تَلزَقُها، وليست الْمُسنّاةُ في يَد أحَدِهما، بأن لم يكن لأحَدهما عليه غَرسٌ ولا طِينٌ مُلقًى لصاحِب النَّهرِ، فادَّعى صاحِبُ الأرضِ الْمُسنّاةَ، وادَّعاها صاحِبُ النَّهرِ أيضًا: فهي لصاحِب الأرضِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقالا: لصاحِب النَّهرِ حَريمًا لِمُلقى طِينِه وغيرِ ذلك.

فيَنكشِفُ بهذا اللَّفظِ مَوضِعُ الخِلافِ، وهو أن يَكونَ الحَريمُ مُوازِيًا للأرض لا فاصِلَ بينَهما، وأن لا يَكونَ الحَريمُ مَشغولًا بحقِّ أحَدِهما، أما إذا كان لأحَدهما عليه ذلك: فصاحِبُ الشَّغلِ أَولى به بالإجماع؛ لأنه صاحِبُ يدٍ.

وثَمَرةُ الخِلافِ تَظهَرُ في مَوضِعَين:

أحَدُهما: أنه إذا كان على الْمُسنّاة أشجارٌ، ولا يُدرى من غَرَسها.. فعندَه: الأشجارُ لربِّ الأرضِ، وعندَهما: لربِّ النَّهرِ.

وثانِيهما: أن وِلايةَ الغَرسِ على الْمُسنّاة لربِّ الأرضِ عندَه، وعندَهما: لربِّ النَّهرِ.

وإلقاءُ الطِّينِ: قِيل: هو على الخِلاف، وقِيل: إن لربِّ النَّهرِ ذلك ما لم يَفحُش، **وهو الصَّحيحُ**.

وإن أراد أن يَمُرَّ عليه صاحِبُ النَّهرِ فقِيل: ليس له ذلك عندَه، والأشبَهُ: أن لا يُمنَعَ إذا لم يكن فيه ضرَرٌ، قال الفَقيهُ أبو جَعفرٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: آخُذُ بقَوله في الغَرس، وبقَولهما في إلقاء الطِّينِ.

ثم عن[1] أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن حَريمَه مِقدارُ نِصفِ بطنِ النَّهرِ من كلِّ جانِبٍ، وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مِقدارُ بطنِ النَّهرِ من كلِّ جانِبٍ، وهذا أرفَقُ بالنّاس.

---

(١) في (هـ): عند.

فُصُولٌ فِي مَسَائِلِ الشِّرْبِ

الفَصْلُ الأوَلُ: فِي المِيَاهِ

وإذا كان لرَجُلٍ نهرٌ أو بِئرٌ أو قَناةٌ: فليس له أن يَمنَعَ شيئًا من الشَّفَة.

والشَّفَةُ: الشِّربُ لبَني آدمَ والبَهائمِ.

اعلَم[1] أن الْمِياهَ أنواعٌ:

الأوَّلُ: ماءُ البِحارِ، ولكلِّ واحِدٍ من النّاس فيها حقُّ الشَّفَةِ وسقيِ الأراضِي، حتى إن من أَراد أن يَكريَ منها نهرًا إلى أَرضه لم يُمنَع من ذلك؛ لأن الانتِفاعَ بماء البحرِ كالانتِفاع بالشَّمس والقمَرِ والهَواءِ والطُّرُقِ العامّةِ؛ فإن هذا الماءَ ليس لأحدٍ فيه حقٌّ على الخُصوص؛ فإن ذلك الْمَوضِعَ غيرُ داخِلٍ تحتَ قهرِ أحدٍ؛ لأن قهرَ الماءِ يَمنَعُ قهرَ غيرِه، فلا يُمنَعُ من الانتِفاع به على أيِّ وجهٍ شاء.

والأصلُ فيه: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «النّاسُ شُركاءُ في ثَلاثٍ: في الماء والكلأِ والنّارِ»[2].

أما الماءُ: فلأنه صار مَوجودًا بإيجاد اللهِ تَعالى في مَكانه، فبَقِي على الإباحة حتى يُحرَزَ، فإذا أخذه وجعَله في وِعاءٍ صار أحقَّ به، وجاز بيعُه، كالصَّيد يَصيرُ مَملوكًا بالاستيلاء.

---

(١) في (هـ): ثم اعلم.

(٢) رواه الإمام أحمد (٢٣٠٨٢)، وأبو داود (٣٤٧٧)، وابن ماجه (٢٤٧٢)، كلهم بلفظ «المسلمون» بدل «الناس»، ورواه باللفظ الأخير: أبو عبيد في «الأموال» ص٣٧٢، والحارث (٤٤٩).

وأما الكلأُ: فهو الحَشيشُ الذي يَنبُتُ من غَير أن يُنبِتَه أحدٌ، فلا يَملِكُه صاحِبُه بكَونه في أَرضه، فإن قَطَعه غيرُه وأحرَزه: مَلَكه وصار أخصَّ به.

وأما النّارُ: فمَعنى إثباتِ الشِّرْكةِ فيه الانتِفاعُ بضَوئها والاصطِلاءِ بها، وليس لمن أوقَدها أن يَمنَعَ غيرَه من الاقتِباس منها، فأما إذا أَراد أن يَأخُذَ من ذلك الجمرِ: فليس له ذلك؛ لأنه مِلكُ صاحِبِه لا يَجوزُ لأحدٍ أخذُه إلا بإذنه.

والثّاني: ماءُ الأودِيةِ العِظامِ، كجَيحونَ نهرِ تِرمِذَ وخُوارِزمَ، وسَيحونَ نهرِ التُّركِ، ودِجلةَ -بغَير حرفِ التَّعريفِ- نهرِ بَغدادَ، والفُراتِ نهرِ الكُوفةِ، فللنّاس فيه حقُّ الشَّفَةِ على الإطلاق وسقيِ الأراضِي، بأن أحيَا واحِدٌ أرضًا مَيْتةً، وكَرى منه[1] نهرًا ليَسقِيَها.. إن كان لا يُضِرُّ بالعامّة، ولا يَكونُ النَّهرُ في مِلك أحدٍ؛ لكَونها مُباحةً في الأَصل؛ فقهرُ الماءِ يَدفَعُ قهرَ غيرِه، وإن كان يُضِرُّ بالعامّة: فلا يَكونُ له ذلك؛ دفعًا للضَّرر عنهم، وذلك في أن يَميلَ الماءُ إلى هذا الجانِبِ إذا انكَسر ضِفّتُه، فيُغرِقَ القُرى والأراضِيَ.

وعلى هذا: إذا نَصَب الرَّحى عليه، فشَقُّ النَّهرِ للرَّحى كشقِّه للسَّقي.

والثّالثُ: إذا دَخَل الماءُ في الْمَقاسِم فحقُّ الشَّفَةِ ثابِتٌ؛ لِما رَوَينا[2]، فإنه يَتناوَلُ الشِّربَ والشُّربَ، ثَمَّ خُصَّ منه الشِّربُ، فبَقِي الشُّربُ.

ولأن البِئرَ ونحوَها لم تُوضَع للإحراز، والْمُباحُ لا يُملَكُ بغَير الإحرازِ، كالظَّبي إذا تكسَّر[3] في أرضه.

ولأن الحاجةَ إلى الماء تَتجدَّدُ في كلِّ وقتٍ، ومن سافَر لا يُمكِنُه أن يَستصحِبَ

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): منها.

(٢) أي حديث: «النّاسُ شُرَكاءُ في ثَلاثٍ: في الماء والكلأ والنّارِ».

(٣) في (ز) ونسخة على هامش (ج): تكنس. وقد تقدم الكلام عن المعنيين.

الماءَ من وَطَنه لذَهابه وإيابِه، فيَحتاجُ إلى أَخذ الماءِ من الآبار والأنهارِ التي تكونُ على طَريقه لنَفسه ودابّتِه، ففي الْمَنع من ذلك حرَجٌ بيِّنٌ.

وإن أَراد رَجُلٌ أن يَسقيَ بذلك أرضًا أَحياه: فلأَهل النَّهرِ منعُه عنه، أضَرَّ بهم أو لم يُضِرَّ؛ لأنه حقٌّ خاصٌّ لهم، ولا ضَرورةَ فيه، وفي إباحة ذلك بُطلانُ مَنفعةِ الشِّربِ.

والرّابعُ: الماءُ الْمُحرَزُ في الأوانِي، وهو مَملوكٌ له بالإحراز، وانقَطَع حقُّ غيرِه عنه، كالصَّيد الْمَأخوذِ، ولكن بَقِيت فيه شُبهةُ الشِّرْكةِ؛ لظاهِر ما رَوَينا[1]، فيَعمَلُ فيما يَسقُطُ بالشُّبُهات، حتى لو سَرَقه إنسانٌ في مَوضِعٍ يَعِزُّ وُجودُه، وهو يُساوِي نِصابًا: لم تُقطَع يدُه.

ولو كانت البِئرُ أو العَينُ، أو الحوضُ، أو النَّهرُ.. في مِلك رَجُلٍ: فله أن يَمنَعَ من يُريدُ الشَّفَةَ من الدُّخول في مِلكه، إذا كان يَجِدُ ماءً آخرَ بقُرب هذا الماءِ في غَير مِلكِ أحدٍ؛ لأنه يَتضرَّرُ به[2].

وإن كان لا يَجِدُ ذلك يُقالُ لصاحِب النَّهرِ: (إما أن تُخرِجَ الماءَ إليه، أو تَترُكَه ليَأخُذَ بنَفسه بشَرط أن لا يَكسِرَ ضِفّتَه)؛ لأن له حقَّ الشَّفَةِ في الماء الذي في حَوضه عندَ الحاجةِ.

وقِيل: هذا إذا احتَفَر في أرضٍ مَملوكةٍ له، أما إذا احتَفَرها في أرضٍ مَواتٍ: فليس له منعُه؛ لأن الْمَواتَ كان مُشتركًا، والحفرُ لإحياء حقٍّ مُشترَكٍ، وهو العُشرُ أو الخَراجُ، فلا تُقطَعُ الشِّرْكةُ في الشَّفَة.

ولو مَنَعه عن ذلك وهو يَخافُ على نَفسه ودابّتِه العطَشَ: له أن يُقاتِلَه بالسِّلاح بأثَر

(١) أي حديث: «النّاسُ شُرَكاءُ في ثَلاثٍ: في الماء والكلأ والنّارِ».

(٢) في (أ) و(ج) و(هـ): لا يتضرر به.

عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ(1)، ولأنه قَصَد إتلافَه بمَنع الشَّفَةِ، وهو حقُّه؛ لأن الماءَ في البِئر مُباحٌ غيرُ مَملوكٍ.

وإن كان الماءُ مُحرَزًا في الأوانِي فليس للذي يَخافُ الهَلاكَ عن(2) العَطَش أن يُقاتِلَ صاحِبَ الماءِ بالسِّلاح على الْمَنع، ولكن يُقاتِلُه على ذلك بغَير سِلاحٍ؛ لأنه مِلكٌ مُحرَزٌ لصاحِبه، ولهذا كان الآخِذُ ضامِنًا له.

وكذا الطَّعامُ عندَ إصابةِ الْمَخمَصةِ.

وقِيل: في البِئر ونحوِها الأَولى أن يُقاتِلَه بغَير سِلاحٍ بِعَصًا؛ لأنه ارتكَب مَعصِيةً، فصار ذلك بمَنزِلة التَّعزيرِ له.

والشَّفَةُ إذا كان يَأتي على كلِّ الماءِ، بأن كان جَدوَلًا صَغيرًا، وفيما يَرِدُ من الإبلِ والْمَواشِي كَثرةٌ يَنقطِعُ الماءُ بشُربها.. اختلَفوا في هذا الفصلِ..

قال بعضُهم: لا يُمنَعُ منه؛ لإطلاق ما رَوَينا(3)؛ لأنه من الشَّفَة، وقال أكثرُهم: له أن يَمنَعَ؛ لأن الشَّفَةَ ما لا يَقطَعُ حقَّ صاحِبِ النَّهرِ، وهذا يَقطَعُ حقَّه، فصار كسَقي الأراضِي والنَّخلِ، ولهم أن يَأخُذوا الماءَ منه للوُضوء وغَسلِ الثِّيابِ **في الأصَحّ**.

وقال بعضُهم: يَتوضَّأُ في النَّهر، ويَغسِلُ الثِّيابَ فيه، قُلنا: فيه من الحَرَج ما لا يَخفى.

وإن أراد أن يَسقيَ شجَرًا أو خُضَرًا في داره بحَمل الماءِ إليه بالجَرّة: له ذلك،

---

(1) وهو ما رواه الإمام محمد في «الأصل» 8/ 147: أن قومًا وردوا ماءً، فسألوا أهله أن يَدُلُّوهم على البئر، فلم يفعلوا، وسألوهم دَلوًا، فأبوا أن يعطوهم، فقالوا لهم: إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تُقطَع، فأبَوا أن يعطوهم دَلوًا، فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب، فقال لهم عمر: فهلّا وضعتم فيهم السلاح.

(2) في (هـ): من.

(3) أي حديث: «النّاسُ شُرَكاءُ في ثَلاثٍ: في الماء والكلأ والنّارِ».

وقال بعضُ أئِمّةِ بَلْخ: ليس له ذلك إلا بإذن صاحِبِ النهرِ، والأوّلُ أصحُّ؛ لأن النّاسَ يَتوسَّعون فيه ويَعُدُّون المنعَ من الدَّناءة، وقد قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إن اللهَ تعالى يُحِبُّ مَعاليَ الأُمورِ، ويُبغِضُ سَفسافَها»[1].

وليس له أن يَسقيَ أرضَه ونَخيلَه وشجَرَه من نَهر هذا الرَّجُلِ وبِئرِه وقَناتِه.. إلا بِإذنه نصًّا، وله أن يَمنعَ من ذلك؛ لأن الماءَ متى دَخَل في المَقاسِم انقطَعت شِرْكةُ الشِّربِ بالكُلِّيّة؛ إذ لو بَقِيت يَنقطِعُ شِربُ صاحِبِه.

ولأنه إذا حَفَر نهرًا من هذا النَّهرِ إلى أرضه تَنكسِرُ به ضِفّةُ نهرِه، وليس له أن يَكسِرَ ضِفّةَ نهرِ الغيرِ، وكذا في البِئرِ يَحتاجُ إلى أن يَشُقَّ نهرًا من رَأس البِئرِ إلى أَرضه، وما حولَ البِئرِ حقُّ صاحِبِ البِئرِ حَريمًا له، فليس لغَيره أن يُحدِثَ شيئًا من ذلك.

وكذا إن كان يُريدُ أن يُجريَ ماءَه في هذا النَّهرِ مع صاحِبِ النَهرِ لِيَسقيَ به أرضَه؛ لأن النَّهرَ مِلكٌ خاصٌّ لأَهل النَّهرِ، فلا يَجوزُ له أن يَنتفِعَ بمِلك الغيرِ إلا بإذنه، فإن أَذِن له صاحِبُه في ذلك أو أَعاره: فلا بأسَ به؛ لأن المنعَ لحقِّه، فإذا رَضِي به فقد زال المانِعُ.

---

(١) رواه الطبراني في «الأوسط» (٢٩٤٠) بلفظ الكره بدل البغض، ورواه الحاكم (١٥٣) بلفظ عن طلحة بن عبد الله بن كريز الخزاعي: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «إن الله كريم يحب الكرم ومعالي الأمور، ويبغض -أو قال: يكره- سفسافها». ورواه (١٥٢) عن سهل بن سعد قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الله كريم يحب الكرم ومعالي الأخلاق، ويبغض سفسافها».

والسفساف: الأمر الحقير والرديء من كل شيء، وهو ضد المعالي والمكارم. وأصله ما يطير من غبار الدقيق إذا نُخل، والترابِ إذا أثير. «النهاية» ٢/ ٣٧٣.

الفَصْلُ الثَّانِي
فِي كَرْيِ الأَنْهَارِ

اعلَم أن الأنهارَ ثَلاثةٌ:

نهرٌ غيرُ مَملوكٍ لأحدٍ، ولم يَدخُل ماؤُه في الْمَقاسِم بعدُ، كالفُرات، ودِجلةَ، والنِّيلِ، فكَرْيُه على السُّلطان إن احتَاج إليه، من بَيت مالِ الْمُسلِمين؛ لأن ذلك من حاجة عامّةِ الْمُسلِمين، ومالُ بيتِ المالِ مُعَدٌّ للصَّرف إلى مَصالِحهم.

فإن لم يكن في بَيت ماله شيءٌ: فللإمام أن يُجبِرَ النّاسَ على كَرْيه؛ لأنه نُصِب ناظِرًا، وفي تَركه ضرَرٌ عامٌّ، والعَوامُّ قَلَّما يَتَّفِقون من غَير إجبارٍ، وفي نَظيره قال عمرُ رَضِيَاللَّهُعَنْهُ: لو تُرِكتُم لبِعتُم أولادكم[1].

إلا أنه يُخرِجُ له من كان يُطيقُه، ويَجعَلُ مُؤنتَه على الْمَياسِير الذين لا يُطِيقونه بأنفُسهم، كما في تَجهيز الجُيوشِ.

ونهرٌ مَملوكٌ دَخَل ماؤُه تحتَ القِسمةِ، إلا أنه عامٌّ.

ونهرٌ مَملوكٌ دَخَل ماؤُه تحتَ القِسمةِ، وهو خاصٌّ.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٩٤: غريب. قلت: ورواه من أئمتنا السرخسي في «المبسوط» ٢٣/ ١٧٥، ورواه الإمام محمد في «الأصل» ٨/ ٤١ من قول شريح.

ومعنى الأثر كما في «البناية» ١٢/ ٣٢٤: يعني لو تركتم في مثل هذه النائبة التي تلحق المسلمين، ولم تجبروا على إقامة المصلحة العامة في مثل هذه الصورة.. لفسدت مياه المسلمين، ولم يحصل شيء من زارع الأرض، ووقع الغلاء إلى أن يؤول الأمر إلى بيع أولادكم.

والفاصِلُ بينَهما: أن ما يَستحِقُّ صاحِبُه به الشُّفعةَ كما مَرَّ ثَمّ: فهو خاصٌّ، وما لا يَستحِقُّ به الشُّفعةَ فهو عامٌّ، فكَرْيُهما على أَهلهما لا على بَيت المالِ؛ لأن الْمَنفَعةَ تَعودُ إليهم على الخُصوص، فتكونُ مُؤنةُ الكَرْيِ عليهم على الخُلوص[1]؛ لأن الغُرمَ بالغُنْم.

ومن أَبى منهم في النَّهر الثّانِي يُجبرُ على كَرْيه؛ لأن فيه دفعَ الضَّرَرِ العامِّ -وهو ضرَرُ بقِيّةِ الشُّرَكاءِ- بتَحمُّل الضَّرَرِ الخاصِّ، مع أن في مُقابَلته عِوَضًا.

ولو أَرادوا أن يُحصِّنوه حذَرَ الانبِثاقِ، وفيه ضرَرٌ عامٌّ، كغَرَق الأراضِي، وفَسادِ الطُّرُقِ: يُجبرُ الآبِي منهم؛ لأن في تَركِ الإجبارِ هنا تَهييجَ الفِتنةِ، وتَسكينُ الفِتنةِ لازِمٌ شرعًا.

وإن لم يكن فيه ضرَرٌ عامٌّ لا يُجبرُ عليه؛ لأن التَّدبيرَ في الْمِلك يَكونُ إلى المالِك، وإذا لم يكن فيه ضرَرٌ عامٌّ كان له رأيٌ في ذلك من التَّعجيل والتَّأخيرِ، وربما لا يَتمكَّنُ منه في كلِّ وقتٍ ولا يَتفرَّغُ لذلك.

بخِلاف الكَرْيِ؛ فإنه يجُبرُ عليه مُطلَقًا إذا طَلَبه بعضُ الشُّرَكاءِ؛ لأن حاجةَ النَّهرِ إلى الكَرْيِ في كلِّ وقتٍ مَعلومةٌ عادةً، وهم قد التَزموه عادةً، فالذي يَأبى الكَرْيَ يُريدُ قطعَ مَنفَعةِ الماءِ عن نَفسه وشُرَكائِه، وليس له ذلك، فلهذا أُجبِر عليه، فأما الانبِثاقُ: فمَوهومٌ غيرُ مَعلومِ الوُقوعِ، فإذا لم يكن فيه ضرَرٌ عامٌّ لا يُجبرُ الْمُمتنِعُ عن ذلك لخوفٍ مَوهومٍ.

وفي النَّهر الثّالثِ يُجبرُ[2] الآبِي عن الكَرْيِ، كما في النَّهر الثّانِي؛ لِما بَيَّنّا، وقِيل: لا يُجبرُ؛ لأن كلَّ واحِدٍ من الضَّرَرَين خاصٌّ هنا، ويُمكِنُ دفعُ ضرَرِ الشُّرَكاءِ عنهم بالرُّجوع على الآبِي بحِصّة ما أنفَقوا فيه إذا كان بأَمر القاضِي، فاستَوى الجانِبان، بخِلاف النَّهرِ

---

(١) في سوى (أ) و(هـ): الخصوص.

(٢) في (ز): قيل يجبر.

الثّانِي؛ لأن حِصّةَ ما أنفَقوا ثَمَّ ربما لا تَقبَلُ التَّقسيمَ على الجَمع العَظيمِ؛ لِقِلّته وكَثرتِهم.

فإن قِيل: في كَرْيِ النَّهرِ الخاصِّ إحياءُ حقِّ أصحابِ الشَّفَةِ[1]، فيكونُ في تَركه ضررٌ عامٌّ.

قُلنا: لا جبرَ لأَجل حقِّ الشَّفَةِ[2]، كما لو امتَنَعوا جَميعًا عن الكَرْي، فإنه لا يُجبِرُهم الإمامُ على ذلك؛ لأنهم امتَنَعوا عن عِمارة أراضِيهم ودُورِهم.

ومُؤنةُ كَرْيِ النَّهرِ الْمُشترَكِ عليهم من أَعلاه، فإذا جاوَز أرضَ رَجُلٍ رُفِع عنه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: مُؤنةُ الكَرْيِ عليهم جميعًا من أوَّله إلى آخِره بحِصَص الشِّربِ والأَرَضين.

وبَيانُه: أن الشُّرَكاءَ في النَّهر إذا كانوا عشَرةً: فمُؤنةُ الكَرْيِ من أوَّل النَّهرِ على كلِّ واحِدٍ منهم عشَرةٌ[3] إلى أن يُجاوِزَ أرضَ أحَدِهم، فحينَئذٍ تكونُ مُؤنةُ الكَرْيِ على الباقِين أتْساعًا، إلى أن يُجاوِزَ أرضًا أُخرى، ثم يَكونُ على الباقِين أثمانًا على هذا التَّفصيلِ إلى آخِر النَّهرِ.

وعندَهما: الْمُؤنةُ عليهم أعشارًا من أوَّل النَّهرِ إلى آخِره؛ لأن لصاحِب الأَعلى حقًّا في أسفَل النَّهرِ؛ لحَاجته إلى تَسييل الفاضِلِ من الماء فيه، فإنه إذا سَدَّ ذلك فاضَ الماءُ على أرضه فأفسَد زرعَه.

فتَبيَّن أن كلَّ واحِدٍ منهم يَنتفِعُ بالنَّهر من أوَّله إلى آخِره، ولهذا يَستحِقُّ الشُّفعةَ بمِثل هذا النَّهرِ، وحقُّ أهلِ الأَعلى وأهلِ الأسفَلِ في ذلك على السَّواء، فإذا استَوَوا في الغُنْم يَستَوون في الغُرم، وهو مُؤنةُ الكَرْيِ.

---

(١) في (هـ): الشفعة.

(٢) في (هـ): الشفعة.

(٣) في (أ) و(د): عشره، وفي (ز): أعشارًا.

وله: أن مُؤنَةَ الكَرْيِ على من يَنتفِعُ بالنَّهر بسَقي الأرضِ منه، فإذا جاوَز الكَرْيُ أرضَ رَجُلٍ فليس له في كَرْي ما بَقِي مَنفَعةُ سقيِ الأرضِ، فلا يَلزَمُه شيءٌ من مُؤنة الكَرْيِ.

ثم مَنفَعتُه في أسفَل النَّهرِ من حيث إجراءُ فضلِ الماءِ فيه، وصاحِبُ الْمَسيلِ لا يَلزَمُه شيءٌ من عِمارة ذلك الْمَوضِعِ باعتِبار تَسييلِ الماءِ فيه؛ ألا تَرى أن من له حقُّ تَسييلِ ماءِ سطحِه على سَطح جارِه لا يَلزَمُه شيءٌ من عِمارة سطحِ جارِه بهذا الحقِّ، ثم هو يَتمكَّنُ من دَفع الضَّرَرِ عن نَفسه بدُون كَرْيِ أسفَلِ النَّهرِ، بأن يَسُدَّ فُوَّهةَ النَّهرِ من أعلاه إذا استَغنى عن الماء.

وزَعَم بعضُ مَشايخِنا أن الكَرْيَ إذا انتَهى إلى فُوَّهة أرضِه من النَّهر: فليس عليه شيءٌ من الْمُؤنة، **والأصَحُّ**: أن عليه مُؤنةَ الكَرْيِ إلى أن يُجاوِزَ حدَّ أرضِه، كما أشار إليه في «الأَصل»؛ لأن له رأيًا في اتِّخاذ الفُوَّهةِ من أَعلاه وأسفَلِه، فهو مُنتفِعٌ بالكَرْيِ مَنفَعةَ سقيِ الأرضِ ما لم يُجاوِز أرضَه.

وإذا جاوَز الكَرْيُ أرضَ رَجُلٍ وسَقَطت عنه مُؤنةُ الكَرْيِ.. هل له أن يَفتَحَ الماءَ لسَقي أرضِه؟

قِيل: له ذلك؛ لأن الكَرْيَ قد انتَهى في حقِّه حيث سَقَط عنه مُؤنتُه.

وقِيل: ليس له ذلك ما لم يَفرَغ شُرَكاؤُه من الكَرْي؛ نفيًا لاختِصاصه بالانتِفاع بالماء دونَ شُرَكائِه.

وللتَّحرُّز عن هذا الخِلافِ جَرى الرَّسمُ أن يُؤخَذَ في الكَرْي من أسفَل النَّهرِ، أو يُترَكَ بعضُ النَّهرِ من أعلاه حتى يَفرَغَ من أسفَله.

وليس على أَهل الشَّفَةِ من الكَرْي شيءٌ؛ لأنهم لا يُحصَون، ومُؤنةُ الكَرْيِ لا تُستحَقُّ على قومٍ لا يُحصَون، ولأنهم أتباعٌ، والْمُؤنةُ على الأُصول دونَ الأتباعِ.

الفَصْلُ الثَّالِثُ
فِي الدَّعْوَى فِي الشِّرْبِ والاخْتِلافِ فِيهِ، والتَّصَرُّفِ فِيهِ

وتَصِحُّ دَعوى الشِّربِ بغَير أرضٍ استِحسانًا.

والقِياسُ: أن لا تَصِحَّ؛ لأن شرطَ صِحّةِ الدَّعوى إعلامُ الْمُدَّعي في الدَّعوى والشَّهادةِ، والشِّربُ مَجهولٌ جَهالةً لا تَقبَلُ الإعلامَ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الشِّربَ قد يُملَكُ بغَير الأرضِ إرثًا ووصِيّةً، وقد يَبيعُ[1] الأرضَ بدُون الشِّربِ، فيَبقى له الشِّربُ وحدَه، وهو مَرغوبٌ فيه مُنتفَعٌ به، فيَصِحُّ فيه الدَّعوى.

وإذا كان لرَجُلٍ أرضٌ، ولرَجُلٍ فيها نهرٌ يَجري، فأَراد ربُّ الأرضِ أن لا يَجريَ النَّهرُ في أَرضه: لم يكن له ذلك، ويُترَكُ على حاله؛ لأن مَوضِعَ النَهرِ في يَد ربِّ النَّهرِ؛ لأنه مُستعمِلٌ له بإِجراء مائِه فيه، فعندَ الاختِلافِ القولُ قولُه في أنه مِلكُه.

فإن لم يكن في يَده، ولم يكن جارِيًا: سَأله البيِّنةَ أن هذا النَّهرَ له، فإن جاء ببيِّنةٍ قُضِي له؛ لإثباته بالحُجّة مِلكًا له، وإن لم يكن له بَيِّنةٌ على أَصل النَّهرِ، وجاء ببيِّنةٍ أنه قد كان مَجراه في هذا النَّهرِ يَسوقُه إلى أَرضه حتى يَسقيَها منه: قُضِي له أيضًا؛ لأنهم شَهِدوا له بحقٍّ مُستحَقٍّ في هذا النَّهرِ، وهو الْمَجرى.

---

(١) في (ز): تبتاع.

وعلى هذا: الْمَصَبُّ في نهرٍ، أو على سطحٍ، أو الْمِيزابُ، أو المشيُ[1] في دار غيرِه، فحُكمُ الاختِلافِ فيها نَظيرُه في الشِّرب.

نهرٌ بينَ قومٍ: بَرِئَ من كَرْيه من تَعدَّوا أرضَه.

وإذا كان نهرٌ بينَ قومٍ لهم عليه أرَضون، واختَصَموا في الشِّرب: فالشِّربُ بينَهم على قَدْر أراضِيهم؛ لأن الْمَقصودَ بالشِّرب سقيُ الأراضِي، والحاجةُ إلى ذلك تَختلِفُ بقِلّة الأراضِي وكَثرتِها، والظّاهرُ أن حقَّ كلِّ واحِدٍ منهم من الشِّرب بقَدْر أرضِه وبقَدْر حاجتِه، وهذا بخِلاف الطَّريقِ إذا اختَصَم فيه الشُّرَكاءُ؛ فإنهم يَستَوون في مِلك رَقَبةِ الطَّريقِ.

ولا يُعتبَرُ في ذلك سَعةُ الدّارِ وضِيقُها؛ لأن الْمَقصودَ ثَمَّ التَّطرُّقُ، وهو في الدّار الواسِعةِ والدّارِ الضَّيِّقةِ بصِفةٍ واحِدةٍ، بخِلاف الشِّربِ.

فإن كان الأَعلى لا يَشرَبُ حتى يُسكِّرَ النَّهرُ لم يكن له أن يَسكُرَ النَّهرَ على الأسفَل، ولكنه يَشرَبُ بحِصّته؛ لأن في السَّكْر قطْعَ مَنفعةِ الماءِ عن أَهل الأسفَلِ في بَعض الْمُدّةِ، ولأن في السَّكْر إحداثَ شيءٍ في وَسَط النَّهرِ، ورَقَبةُ النَّهرِ[2] مُشتركةٌ بينَهم، فلا يَجوزُ ذلك لبَعض الشُّرَكاءِ بدُون إذنِ الشُّرَكاءِ.

فإن تَراضَوا على أن الأَعلى يَسكُرُ النَّهرَ حتى يَشرَبَ بحِصّته، أو اصطَلَحوا على أن يَسكُرَ كلُّ واحِدٍ منهم في نَوبته: جاز؛ لأن المانِعَ حقُّهم، وقد زال بتَراضِيهم، ولكن إن تَمكَّن من أن يَسكُرَ بلَوحٍ أو بابٍ: فليس له أن يَسكُرَ بالطِّين والتُّرابِ؛ لأن به يَنكَبِسُ النَّهرُ عادةً، وفيه إضرارٌ بالشُّركاء، إلا أن يَتراضَوا على ذلك.

---

(١) في (ز): الممشى.

(٢) في (هـ): النهر بحصته.

وليس لأحَدهم أن يَكرِيَ منه نهرًا أو يَنصِبَ عليه رَحى ماءٍ إلا برِضا أصحابِه؛ لأن فيه كسرَ ضِفّةِ النَّهرِ الْمُشترَكِ، وشَغلَ مِلكٍ مُشترَكٍ بالبِناء، إلا أن يَكونَ رحًى لا يُضِرُّ بالنَّهر ولا بالماء، ويَكونُ مَوضِعُها في أَرض صاحِبِها، فإنه يَجوزُ؛ لأن ما يُحدِثُه يُحدِثُه في خالِص مِلكِه، وبسَبَب الرَّحى لا يَنتقِصُ الماءُ، بل يَنتفِعُ صاحِبُ الرَّحى بالماء مع بَقاءِ الماءِ بحاله.

ومَعنى الضَّرَرِ بالنَّهر: كسرُ ضِفّتِه، وبالماء: أن يَتغيَّرَ عن سَنَنه الذي كان يَجري الماءُ عليه.

والدّاليةُ والسّانيةُ بمَنزِلة الرَّحى.

ولا يَتَّخِذُ عليه جسرًا ولا قَنطَرةً إلا برِضاهم، بمَنزِلة طَريقٍ خاصٍّ بينَ قومٍ.

والجِسرُ: اسمٌ لِما يُوضَعُ ويُرفَعُ مما يُتَّخَذُ من الخَشَب والألواحِ.

والقَنطَرةُ: ما يُتَّخَذُ من الآجُرِّ والحجَرِ، ويَكونُ مَوضوعًا، ولا يُرفَعُ.

وإذا كان[1] نهرٌ خاصٌّ لرَجُلٍ يَأخُذُ من نهرٍ خاصٍّ بينَ قومٍ، فأَراد أن يُقنطِرَ ويَستوثِقَ منه: له ذلك؛ لأنه يَتصرَّفُ في خالِص مِلكِه.

وإن كان مُقنطَرًا مُستوثَقًا منه، فأَراد أن يَنقُضَ ذلك لعِلّةٍ أو غيرِ عِلّةٍ.. فإن كان لا يَزيدُ ذلك في أَخذ الماءِ: فله ذلك؛ لأنه يَرفَعُ بِناءً هو خالِصُ مِلكِه، وإن كان يَزيدُ في أَخذ الماءِ: مُنِع منه لحقِّ الشُّرَكاءِ.

فإن أَراد أن يُوسِّعَ فَمَ النَّهرِ: مُنِع من ذلك؛ لأنه يَكسِرُ ضِفّةَ النَّهرِ به، ويَزيدُ على قَدر حقِّه في أخذ الماءِ.

---

(١) في (ز): بخلاف ما إذا كان.

أما في الْمَوضِعِ الذي لا تكونُ القِسمةُ بالكُوى: فظاهِرٌ، وكذا في الْمَوضِعِ الذي تكونُ القِسمةُ بالكُوى؛ لأنه إذا وَسَّع فَمَ النَّهرِ يَحتبِسُ الماءُ في ذلك الْمَوضِعِ، فيَدخُلُ في كُوّته أكثرُ مما يَدخُلُ إذا لم يُوسِّع فَمَ النَّهرِ.

وكذا إذا أَراد أن يُؤخِّرَ الكِوى عن فَم النَّهرِ، فيَجعَلَها في أربَعة أذرُعٍ من فَم النَّهرِ إلى أسفَله: فليس له ذلك؛ لأن الماءَ يَحتبِسُ في ذلك الْمَوضِعِ، فيَزدادُ دُخولُ الماءِ.

ولو أَراد أن يُسفِّلَ كُواه أو يُرفِّعَها: يَكونُ له ذلك في الأصَحّ؛ لأن قِسمةَ الماءِ في الأَصل باعتِبار سَعةِ الكُوّةِ وضِيقِها من غير اعتِبارِ التَّسفُّلِ والتَّرفُّعِ: هو العادةُ، فإنما يُمنَعُ من تَوسُّع الكُوّةِ ولا يُمنَعُ من أن يُسفِّلَها أو يُرفِّعَها: لأنه ليس فيه تَغييرُ ما وَقَعت القِسمةُ عليه.

ولو وَقَعت القِسمةُ بالكُوى، فأَراد أحَدُهم أن يَقسِمَ بالأيّام: ليس له ذلك؛ لأن الأصلَ أن ما وُجِد قَديمًا يُترَكُ على حاله، ولا يُغيَّرُ إلا بحُجّةٍ، فشرُّ الأُمورِ مُحدَثاتُها.

ولو كان لكلِّ واحِدٍ منهم كُوًى مُسمّاةٌ في نهرٍ خاصٍّ: لم يكن لواحِدٍ منهم أن يَزيدَ كُوّةً، وإن كان لا يُضِرُّ بأَهله؛ لأن الماءَ في هذا النَّهرِ الخاصِّ قد وَقَع في الْمَقاسِم، والشَّرْكةُ في هذا النَّهرِ شِرْكةٌ خاصّةٌ، فليس لبَعض الشُّركاءِ أن يَزيدَ فيما يُستوفى على مِقدار حقِّه، سَواءٌ أضَرَّ ذلك بالشُّرَكاء أو لم يُضِرَّ.

ولو كانت الكُوى في النَّهر الأعظَمِ، فزاد في مِلكه كُوّةً أو كُوّتَين، ولا يُضِرُّ ذلك بأَهل النَّهرِ: فله ذلك؛ لأن الماءَ في النَّهر الأعظَمِ لم يَدخُل في الْمَقاسِم بعدُ، فهو على أَصل الإباحةِ كما كان، فزِيادةُ كُوّةٍ أو كُوّتَين في خالِص مِلكِه لا يَكونُ أقوى من شقّ النَّهرِ ابتِداءً من هذا النَّهرِ الأعظَمِ، وهو غيرُ مَمنوعٍ عنه، فهذا مِثلُه.

وليس لأحَد الشُّرَكاءِ في النَّهر أن يَسوقَ شِربَه إلى أرضٍ له أُخرى لم يكن لها في

ذلك النَّهرِ شِربٌ فيما مَضى؛ لأنه إذا فَعَل ذلك وتَقادَم العهدُ.. ادَّعى لهذه الأرضِ شِربًا من هذا النَّهرِ مع الأُولى، واستَدلَّ على ذلك بالنَّهر الْمُعَدِّ لإجراء الماءِ فيه من ذلك النَّهرِ إلى هذه الأرضِ.

وكذا لو أَراد أن يَسوقَ شِربَه في أَرضه الأُولى حتى يَنتهيَ إلى هذه الأُخرى: فليس له ذلك؛ لأنه يَستَوفي فوقَ حقِّه، فالأرضُ[1] الأُولى تَنشَفُ بعضَ الماءِ قبلَ أن يَنتهيَ إلى هذه الأرضِ الأُخرى.

وهذا كطَريقٍ بينَ قومٍ، فأَراد أَحَدُهم أن يَفتَحَ فيه بابًا إلى دارٍ آخَرَ، وساكِنُ تلك الدّارِ غيرُ ساكِنِ هذه الدّارِ التي مَفتَحُها في هذا الطَّريقِ: فهو مَمنوعٌ من ذلك، بخِلاف ما إذا كان ساكِنُ الدّارِ واحِدًا؛ حيث لا يُمنَعُ؛ لأن المارّةَ لا تَزدادُ، وله حقُّ الْمُرورِ، ويَتصرَّفُ في خالِص مِلكِه، وهو الجِدارُ.

نهرٌ بينَ رَجُلَين له خمسُ كُوًى من النَّهر الأعظَمِ، وأحدُ الرَّجُلَين أرضُه في أَعلى هذا النَّهرِ، والآخرُ أرضُه في أسفَلِ النَّهرِ، فقال صاحِبُ الأَعلى: (إني أُريدُ أن أَسُدَّ بعضَ هذه الكُوى؛ لأن ماءَ النَّهرِ يَكثُرُ فيَفيضُ في أَرضي وتَنِزُّ منه): فليس له ذلك؛ لأنه يَقصِدُ الإضرارَ بشَريكه بسدِّ بعضِ الكُوى؛ لأنه بقَدْر ذلك تَنتقِصُ مَنفَعتُه، وليس لأَحَد الشَّريكَين أن يَتصرَّفَ في الْمُشترَكِ على وجهٍ يُلحِقُ الضَّرَرَ بشَريكه.

وكذا لو قال: (اجعَل لي نِصفَ الشَّهرِ، ولك نِصفَه، فإذا كان في حِصّتي سَدَدتُ منها ما بَدا لي، وأنت في حِصّتك فتَحتَها كلَّها): فليس له ذلك؛ لأن القِسمةَ قد تَمّت بينَهما مرّةً بالكُوى، فلا يَكونُ لأحدٍ أن يُطالِبَ بِقسمةٍ أخرى، والانتِفاعُ بالماء في القِسمة الأُولى لكلِّ واحِدٍ منهما مُستدامٌ، لا فيما يُطالِبُ هذا.

---

(١) في (ب) و(د): والأرض، وفي (هـ): بالأرض.

فإن تَراضَيا على ذلك فلهما ما تَراضَيا عليه.

فإن أَقاما على هذا التَّراضِي زَمانًا، ثم بَدا لصاحِب الأسفَلِ أن يَنقُضَ: فله ذلك؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما مُعيرٌ لصاحِبه نَصيبَه من الشِّرب، وللمُعير أن يَرجِعَ متى شاء، وكذا لوَرَثته بعدَ موتِه؛ لأنهم خُلَفاؤُه في ذلك؛ وهذا لأنه لا يُمكِنُ[1] أن يُجعَلَ ما تَراضَيا عليه مُبادَلةً؛ فإن بيعَ الشِّربِ بالشِّرب أو إجارةَ الشِّربِ بالشِّرب باطِلٌ؛ لأنه بيعُ الجِنسِ بالجِنس نَساءً؛ إذ ماءُ الغدِ ليس بمَوجودٍ في اليَوم، فصار كبَيع القُوهيِّ[2] بالقُوهيِّ نَساءً.

ولأن مُعاوَضةَ الماءِ بمالٍ مَعلومٍ لا تَجوزُ؛ لجَهالة الشِّربِ والغرَرِ[3]، فلأَن لا تَجوزَ مُعاوَضةُ الشِّربِ بالشِّرب أَولى.

والشِّربُ مما يُورَثُ ويُوصَى بالانتِفاع بعَينه؛ لأنه قد يُملَكُ بالإرث ما لا يُملَكُ بسائِر أسبابِ الْمِلكِ، كالقِصاص، والدَّينِ[4]، والخمرِ، فإنها[5] تُملَكُ بالإرث، فكذا الشِّربُ، والوصِيّةُ أُختُ الْمِيراثِ.

بخِلاف البيعِ، والهِبةِ، والصَّدَقةِ، والوصِيّةِ بذلك؛ حيث لا يَجوزُ؛ للغَرَر، أو للجَهالة، أو لعَدَم الْمِلكِ فيه للحال، أو لأنه ليس بمالٍ مُتقوَّمٍ.

حتى لو أتلَف شِربَ إنسانٍ، بأن سَقى أرضَه من شِرب غيرِه: لا يَضمَنُ على رِواية «الأصلِ»، وإن اختَار فخرُ الإسلامِ أنه يَضمَنُ، وإذا بَطَلت العُقودُ فالوصِيّةُ بالباطِل باطِلةٌ.

---

(١) في (ب): لأنه يمكن.

(٢) من أنواع الثياب المنسوبة إلى قوهستان، كما تقدم.

(٣) في (ب): والغور.

(٤) في (ب): والدية. وانظر «المبسوط» ٢٣/ ١٨٣.

(٥) في (ب) و(د) و(هـ): فلأنها.

ولو تَزَوَّج امرَأةً على شِربٍ بغَير أرضٍ: فالنِّكاحُ جائِزٌ، وليس لها من الشِّرب شيءٌ؛ لأن الشِّربَ بدُون الأرضِ لا يَحتمِلُ التَّمليكَ بعَقد الْمُعاوَضةِ، ولأنه ليس بمالٍ مُتقوَّمٍ، حتى لا يُضمَنُ بعقدٍ ولا بغَيره، ويَجِبُ مهرُ الْمِثلِ؛ لأنه مَجهولٌ جَهالةً مُتفاحِشةً، فلم تَصِحَّ تسميتُه.

وكذا لو اختَلَعت امرَأةٌ من زَوجها على شِربٍ بغَير أرضٍ: صَحَّ الخُلعُ، وعليها أن تَرُدَّ المهرَ الذي أخَذت؛ لأنها أطمَعت الزَّوجَ بهذه التَّسميةِ ما هو مَرغوبٌ فيه، فتَصيرُ غارّةً له بهذه التَّسميةِ، والغُرورُ في الخُلع يُلزِمُها ردَّ ما قَبَضت، كما لو اختَلَعت بما في بَيتها من الْمَتاع وليس في بَيتها شيءٌ.

والصُّلحُ من الدَّعوى على الشِّرب باطِلٌ؛ لأنه لا يُملَكُ بشيءٍ من العُقود، وما لا يُملَكُ بشيءٍ من العُقود فالصُّلحُ عليه باطِلٌ، وصاحِبُ الدَّعوى على دَعواه.

ولو مات صاحِبُ الشِّربِ وعليه دُيونٌ: لم يُبَع شِربُه بدُون الأرضِ في دَينه، إلا أن يَكونَ معه أرضٌ، فيُباعُ الشِّربُ مع أرضِه؛ لأن في حال حَياتِه لا يَجوزُ منه بيعُ الشِّربِ بدُون الأرضِ، فكذا بعدَ موتِه.

ثم الإمامُ ماذا يَصنَعُ بهذا الشِّربِ؟ قِيل: يَتَّخِذُ حوضًا ويَجمَعُ فيه ذلك الماءَ في كلِّ نَوبةٍ، ثم يَبيعُ الماءَ الذي جَمَعه في الحوضِ بثَمَنٍ مَعلومٍ، فيَقضي به الدَّينَ.

والأصَحُّ: أنه يَنظُرُ إلى أرضٍ لا شِربَ له[1]، فيَضُمُّ ذلك الشِّربَ إلى أرضِه، ويَبيعُهما[2] بِرِضا صاحِبِها، ثم يَنظُرُ إلى قِيمة الأرضِ بدُون الشِّربِ ومع الشِّربِ، فيَصرِفُ تفاوُتَ ما بينَهما من الثَّمَن إلى قَضاء دَينِ الميِّتِ.

---

(١) في (د): لها.

(٢) في (هـ) و(ز): ويبيعها.

وإن لم يَجِد ذلك اشتَرى على تَرِكة هذا الميْتِ أرضًا بغَير شِربٍ، ثم ضَمَّ هذا الشِّربَ إليها وباعهما، فيُؤدِّي من الثَّمن ثمَنَ الأرضِ الْمُشتراةِ، والفاضِلُ للغُرَماء.

مَلَأَ أرضَه ماءً، فنَزَّت[1] أرضُ جارِه، أو غَرِقت: لم يَضمَن.

وإذا سَقى الرَّجُلُ أرضَه، أو مَخَرها[2]، أو[3] مَلأَها[4] ماءً، فسال[5] من مَائها[6] في أَرض رَجُلٍ، فغَرِقت أو نَزَّت أرضُ جارِه من هذا الماءِ: لم يكن عليه ضَمانُها؛ لأنه مُسبِّبٌ غيرُ مُتعدٍّ، فلا يَضمَنُ؛ وهذا لأن كونَ الفِعلِ عِلّةً للشَّيء إنما يُعرَفُ بالأثَر اللّازمِ له، والأثَرُ اللّازمُ لفِعله اجتِماعُ الماءِ في أَرضه، وإنما صارت أرضُ جارِه ذاتَ نَزٍّ بالتَّشرُّب والاجتِذابِ، وهو أمرٌ اتِّفاقيٌّ قد يَكونُ وقد لا يَكونُ، فلا يُضافُ إلى فِعله، إلا أنه لولا فِعلُه لَمَا حَصَل هذا الفَسادُ، فصار فِعلُه في حقِّ هذا الأثَرِ سببًا محضًا[7]، والْمُسبِّبُ إنما يَضمَنُ إذا تَعدّى، كحافِر البِئرِ وواضِعِ الحجَرِ، وفِعلُه في أَرضه مُباحٌ، فلم يَضمَن.

قالُوا: هذا إذا سَقى أرضَه سقيًا مُعتادًا يَحتمِلُ أرضُه عادةً، أما إذا سَقى سقيًا لا تَحتمِلُه أرضُه: فيَضمَنُ؛ لأنه أَجرى الماءَ إلى أَرض جارِه تَقديرًا.

---

(١) نَزَّت الأرض نَزًّا: من باب ضرب.. كثُر نزها؛ تسميةً بالمصدر، ومنهم من يكسر النون، ويجعله اسمًا، وهو الندى السائل. «المصباح» ٢/ ٦٠٠.

(٢) في سوى (ج): شجرها، وفي (هـ): مجرها. قال في «المغرب» ص٤٣٧: مخرت الأرض مخرًا: أرسلت الماء فيها.

(٣) في (ج): و، وفي (هـ) و(ز): أي.

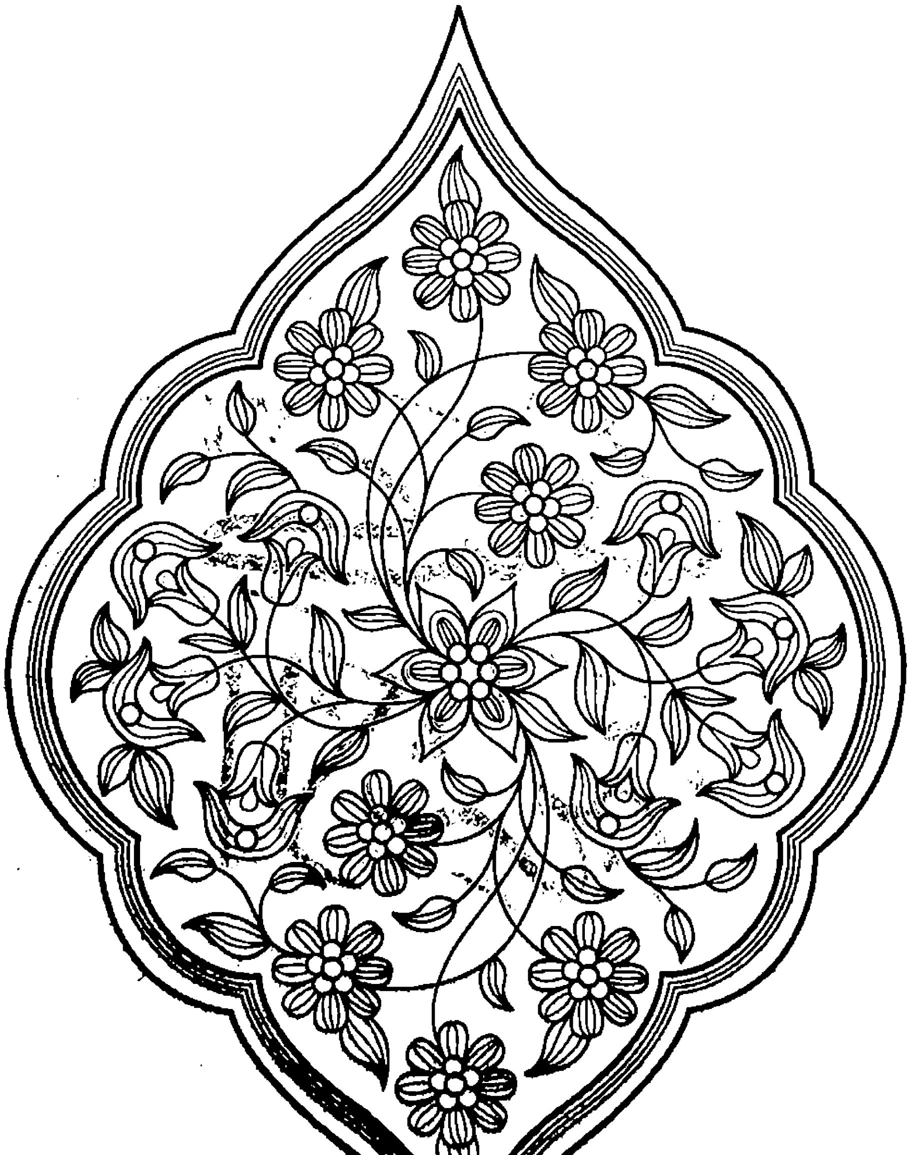
(٤) في (ب): خلاها، وفي (د): كلاها.

(٥) في (ب): أو سال.

(٦) في (هـ): فسال ماؤها.

(٧) في (ب) و(د): مختصًا.

كِتَابُ الأَشْرِبَةِ



كتاب الأشربة

كِتابُ الأشرِبةِ[1]

الشَّرابُ: ما يُسكِرُ.

هي: جمعُ شَرابٍ، وهو: كلُّ ما يُشرَبُ[2] من المائِعات، وأُرِيد بها في هذا الكِتابِ: ما حَرُم منها وكان مُسكِرًا.

وسُمِّي هذا الكِتابُ بها: لأن فيه بَيانَ أحكامِها، كما سُمِّي كِتابَ البُيوعِ والحُدودِ لِما فيه من بَيان أحكامِهما.

وحَرُم قَليلُ الخمرِ، أي: النِّيءُ[3] من ماء العِنَبِ إن غَلى واشتَدّ، وقَذَف(س م) بالزَّبد.

الأنبِذةُ كلُّها حَلالٌ إلا أربَعةً، أحَدُها: الخمرُ، وهي: النِّيءُ[4] من ماء العِنَبِ إذا غَلى واشتَدَّ وقَذَف بالزَّبَد.

---

(١) الأشربة: جمع الشَّراب: وهو كل مائع رقيق، يشرب ولا يتأتى فيه المضغ، حرامًا كان أو حلالاً، ويطلق اصطلاحًا: على ما يسكر. «التعريفات الفقهية» ص٢٩.

(٢) في (هـ) و(ز): شرب.

(٣) النِّيءُ -مهموز، وزان حِمل-: كل شيء شأنه أن يعالج بطبخ أو شَيٍّ ولم ينضج، فيقال: لحم نِيء، والإبدال والإدغام عامي. «المصباح» ٢/ ٦٣٢. لحم نِيء: مثل نيع، أي غير نضيج، ويجوز أن يقال: نِيّ بالتشديد، على القلب والإدغام. «المغرب» ص٤٧٤.

(٤) في سوى (أ) و(ج): التي.

وقال بعضُهم: كلُّ مُسكِرٍ خمرٌ[1]؛ لقَوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كلُّ مُسكِرٍ خمرٌ»[2]، وقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الخمرُ من هاتين الشَّجرَتين»، وأَشار إلى العِنبة[3] والنَّخلةِ[4]، وقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الخمرُ من خَمسة أشياءَ...»، وذَكَر العِنَبَ، والتَّمرَ، والحِنطةَ، والشَّعيرَ، والعسَلَ[5].

ولأن الخمرَ ما خامَر العقلَ، وكلُّ مُسكِرٍ فهو مُخامِرٌ للعَقل.

ولنا: أن الاسمَ للنِّيء من ماء العِنَبِ إذا صار مُسكِرًا حَقيقةٌ باتِّفاق أهلِ اللُّغةِ، حتى اشتَهَر استِعمالُه فيه، وفي غَيره غيرُه[6]، فسُمِّي[7] مُثلَّثًا أو باذِقًا أو غيرَه، فكان هذا الاسمُ

---

(١) في (ب): حرام.

(٢) رواه مسلم (٢٠٠٣)، وأبو داود (٣٦٧٩)، والترمذي (١٨٦١)، والنسائي (٥٥٨٢)، وابن ماجه (٣٣٩٠).

(٣) كذا في (أ)، وفي (هـ): الكرمة، وفي الباقي: العنب.

(٤) رواه مسلم (١٩٨٥) بلفظ: «الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة والعنبة».

(٥) روى البزار (٣٢٥٦) عن النعمان بن بشير رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «الخمر من خمسة»، وقال سلمة بن كهيل في حديثه: «الأشربة من خمسة، من الحنطة، والشعير، والتمر، والزبيب، والعسل، فما خمرته فهو خمر».

وقال ابن حبان في «المجروحين» ١/ ٣١٦: وقال في خطبته -أي عمر رضي الله تعالى عنه-: سمعت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «الخمر من خمسة أشياء، والخمر ما خامر العقل».

وروى البخاري (٤٦١٩) ومسلم (٣٠٣٢) عن ابن عمر قال: سمعت عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ على منبر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: أما بعد، أيها الناس! إنه نزل تحريم الخمر، وهي من خمسة.. من العنب، والتمر، والعسل، والحنطة، والشعير، والخمر ما خامر العقل.

(٦) مثبتة من (أ) و(ب)، وشطبت في (ز).

(٧) في (د) و(ز): يسمى.

لغَيره مَجازًا، وقد أُرِيدت الحَقيقةُ، فبَطَل الْمَجازُ.

وسُمِّي خمرًا: لتَخمُّره لا لِمُخامَرته العقلَ، وهَبْ أنه سُمِّيَ بها لِمُخامَرة العقلِ فذا لا يَدُلُّ على أن كل ما يُخامِرُ العقلَ يُسمّى خمرًا، فالفرَسُ الذي يَكونُ أحدُ شِقَّيه أبيَض، والآخرُ أسودَ.. يُسمّى أبلَقَ، ولا يُسمّى الثَّوبُ الذي يَكونُ فيه لونُ السَّوادِ والبَياضِ بهذا الاسمِ.

وكذا النَّجمُ سُمِّي نجمًا لظُهوره، يُقالُ: (نَجَم) أي ظَهَر، ثم لا يَدُلُّ ذلك على أن كلَّ ما يَظهَرُ يُسمّى نجمًا.

والقَارورةُ تُسمّى بها لِمَعنى القَرارِ، وهذا الاسمُ لا يَنطلِقُ على غَيره، وإن كان الْمَعنى مَوجودًا، وهو كثيرٌ بَثيرٌ.

والحَديثُ الأوَّلُ طَعَن فيه يَحيى بنُ مَعينٍ، فإنه قال[(١)]: ثَلاثةُ أحاديثَ لم تَصِحَّ رِوايتُها عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، أحَدُها هذا[(٢)]، وثانِيها: «من مَسَّ ذَكَره[(٣)] فلْيَتوضَّأ»[(٤)]، وثالِثُها: «كلُّ نِكاحٍ لم يَحضُره أربَعةٌ فهو سِفاحٌ: خاطِبٌ، ووليٌّ، وشاهِدا عَدْلٍ»[(٥)].

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٩٥: هذا الكلام كله -أي كلام ابن معين- لم أجده في شيء من كتب الحديث.

(٢) أي حديث: «كل مسكر خمر».

(٣) في (هـ): دبره.

(٤) رواه الإمام مالك ١/ ٤٨، والإمام أحمد (٢٧٢٩٣)، وأبو داود (١٨١)، والترمذي (٨٢)، والنسائي (٤٤٧).

(٥) قال في «التلخيص الحبير» ٣/ ٣٣٥: حديث: «لا نكاح إلا بأربعة: خاطب، وولي، وشاهدين»: روي مرفوعًا وموقوفًا، البيهقي من حديث أبي هريرة مرفوعًا، وفي إسناده المغيرة بن موسى البصري، قال البخاري: إنه منكر الحديث، ورواه الدارقطني من حديث عائشة بلفظ: «لا بد في النكاح من أربعة:=

والْمُرادُ بالثّانِي: بَيانُ الحُكمِ، وهو الحُرمةُ، لا بَيانُ الحَقيقةِ؛ لأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بُعِث لبَيان الأحكامِ لا لبَيان الحَقائقِ.

وما ذَكَرنا في حدِّ الخمرِ قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَهما: إذا اشتَدَّ صار خمرًا، ولا يُشترَطُ القذفُ بالزَّبَد؛ لأن هذا الاسمَ إنما يَثبُتُ لكَونه مُسكِرًا مُخامِرًا للعَقل، وذا باعتِبار صِفةِ الاشتِدادِ؛ إذ هو الْمُؤَثِّرُ في إِيقاع العَداوةِ والصَّدِّ عن ذِكر اللهِ تَعالى باعتِبار اللَّذّةِ الْمُطرِبةِ والقُوّةِ الْمُسكِرةِ فيها، فأما بالغَلَيان والقذفِ بالزَّبَد: فيَرِقُّ ويَصفو، ولا تَأثيرَ لهما في إِحداث صِفةِ السُّكرِ.

وله: أن القذفَ بالزَّبَد والغَلَيانَ من آثار الحَلاوةِ، وما دام شيءٌ من الحَلاوة باقِيًا كان الْمَعنى الأصليُّ قائِمًا، فلا يَثبُتُ اسمُ الخمرِ إلا إذا سَكَن وقَذَف بالزَّبَد، وتَميَّزَ الصّافِي من الكَدِر؛ لأن حُكمَ الإباحةِ كان ثابِتًا للعَصير بيقينٍ، فلا يَزولُ ذلك إلا بيقينٍ مِثلِه.

وأحكامُ الخمرِ مَقطوعٌ بها، كالحدِّ، وإكفارِ الْمُستحِلِّ، وحُرمةِ البيعِ، والنَّجاسةِ[1]، فيُناطُ بالنِّهاية؛ لِما في النُّقصان من شُبهة العدَمِ، ولا يَصِحُّ إثباتُها بالشُّبهة.

وقِيل: يُؤخَذُ في حُرمة الشُّربِ بمُجرَّد الاشتِدادِ احتِياطًا.

= الولي، والزوج، والشاهدين»، وفي إسناده أبو الخصيب نافع بن ميسرة مجهول.

وأما الموقوف: فرواه البيهقي في «الخلافيات» عن ابن عباس وصححه، وهو عند ابن أبي شيبة، نا معاوية بن هشام عن سفيان عن أبي يحيى عن الحكم بن مثنى عن ابن عباس قال: «أدنى ما يكون في النكاح أربعة: الذي يزوج، والذي يتزوج، وشاهدان». انتهى.

وذكر العيني في «رمز الحقائق» هذا القول عن ابن معين، إلا أنه ذكر بدل هذا الحديث حديث: «لا نكاح إلا بِوَلي». وهذا رواه الإمام أحمد (٢٢٦٠)، وأبو داود (٢٠٨٥)، والترمذي (١١٠١)، وابن ماجه (١٨٨٠).

(١) في (ب) و(د) و(هـ): بالنجاسة.

ثم إن عَينَها حَرامٌ، قَلَّ أو كَثُر، غيرُ مَعلولٍ بالسُّكر ولا مَوقوفٍ عليه.

ومن النّاس من أنكر حُرمةَ عَينِها، وزَعَم أن السُّكْرَ حَرامٌ[١]؛ إذ به يَحصُلُ إيقاعُ العَداوةِ والبَغضاءِ، والصَّدُّ عن ذِكر اللهِ تَعالى، وذلك[٢] باطِلٌ مُخالِفٌ للكِتاب والسُّنّةِ وإجماعِ الأُمّةِ، فكان كُفرًا منه.

وهذا لأن اللهَ تَعالى سَمّاها رِجسًا[٣]، وهو اسمٌ للحَرام النَّجِسِ عَينًا بلا شُبهةٍ.

وجاءت السُّنّةُ عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ مُتواتِرةً أنه حَرَّم الخمرَ لعَينها[٤].

ولأن قَليلَها يَدعو إلى كَثيرها، وهو من خَواصِّ الخمرِ، فإنه تَزدادُ لشارِبها اللَّذّةُ

---

(١) أي زعم هذا القائل أن الخمر طاهرة والمحرم منها إنما هو السكر بها.

(٢) أي إنكار حرمة عينها.

(٣) أي في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾ [المَائِدَة: ٩٠].

(٤) كحديث: «إن الله عز وجل لعن الخمر لعينها، وعاصرها، ومعتصرها، وبائعها، ومشتريها، وحاملها، والمحمولة إليه، وساقيها، وشاربها، وآكل ثمنها». رواه الطبراني في «الأوسط» (٢٧٣٤).

وكما في حديث: «حُرِّمَت الخَمرُ لعَينِها، قَليلُها وكَثيرُها». رواه مرفوعًا: العقيلي في «الضعفاء» ٢/ ٣٢٤، وموقوفًا على ابن عباس: النسائي (٥٦٨٤) وابن أبي شيبة (٢٤٠٦٧)، والطبراني (١٠٨٣٩) والبيهقي (٢٠٩٤٧) وانظر «نصب الراية» ٤/ ٣٠٦، و«الدراية» ٢/ ٢٥١.

ومن أدلة التحريم أيضًا: ما أخرجه البخاري (٢٤٦٤) ومسلم (١٩٨٠) عن أنس رَضِيَ اللهُ عَنهُ: كنت ساقي القوم في منزل أبي طلحة، وكان خمرهم يومئذ الفضيخ، فأمر رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ مناديًا ينادي: ألا إن الخمر قد حرمت، قال: فقال لي أبو طلحة: اخرج فأهرقها، فخرجت فهرقتها، فجرت في سكك المدينة، فقال بعض القوم: قد قتل قوم وهي في بطونهم، فأنزل الله: ﴿لَيۡسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٞ فِيمَا طَعِمُوٓاْ﴾ الآية [المَائِدَة: ٩٣].

وانظر إفادة التواتر في تحريم الخمر في «البناية» ١٢/ ٣٤٩.

بالاستِكثار منها، بخِلاف غيرِها من الأشرِبة؛ ففيها من الغِلظة ما لا يَدعو قَليلُها إلى كَثيرِها، فقد قِيل: ما من طَعامٍ وشَرابٍ إلا ولَذّتُه في الابتِداء تَزيدُ على اللَّذّة في الانتِهاء، إلا الخمرَ، ولهذا يَزدادُ حِرصُه على شُربها إذا أَصاب منها شيئًا.

وإذا كان قَليلُها داعِيًا إلى الكَثير كان مُحرَّمًا كالكَثير؛ ألا تَرى أن الزِّنى لَمّا حَرُم حَرُم دَواعِيه أيضًا.

وقد أُكِّد تَحريمُ الخمرِ بوُجوهٍ، فإنه صَدَّر الجُملةَ بـ﴿إِنَّمَا﴾، وقَرَن بعِبادة الأصنامِ، ومنه قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «شارِبُ الخمرِ كعابِد الوثَنِ»(1)، وجَعَلها رِجسًا، وجَعَلها من عَمَل الشَّيطانِ، ولا يَأتي منه إلا الشَّرُّ البحتُ، وأمرَ بالاجتِناب، وجَعَل الاجتِنابَ من الفَلاح، وإذا كان الاجتِنابُ فَلاحًا كان الارتِكابُ خَيبةً وخَسارًا.

وقولُه: ﴿فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ من آكَد ما يُنهى به، كأنه قال: (قد تُلِي عليكم ما فيه من أنواع الصَّوارِفِ والْمَوانِعِ، وهو وُقوعُ التَّعادِي والتَّباغُضِ، والصَّدِّ عن ذِكر اللهِ تَعالى وعن الصَّلاة، فهل أنتم مع هذه الصَّوارِفِ مُنتَهون، أم أنتم على ما كُنتُم عليه كأنْ لم تُوعَظوا ولم تُزجَروا؟!).

وهي غيرُ مَعلولةٍ عندَنا، حتى لم يَتعدَّ حُكمُها إلى سائِر الْمُسكِراتِ.

والشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ جَعَلها مَعلولةً بالْمُخامَرة، فعَدّى حُكمَها إلى غَيرِها من

(1) رواه البزار (٢٣٨٢)، ورواه بلفظ قريب: الإمام أحمد (٢٤٥٣)، وابن ماجه (٣٣٧٥)، والطبراني في «الأوسط» (٤٨١٠)، وابن حبان (٥٣٤٧).

لفظ الإمام أحمد: «مدمن الخمر إن مات لقي الله كعابد وثن».

ولفظ ابن ماجه: «مدمن الخمر كعابد وثن».

ولفظ الطبراني: «المقيم على الربا كعابد وثن، والمقيم على الخمر كعابد وثن».

ولفظ ابن حبان: «من لقي الله مدمن خمر لقيه كعابد وثن».

الْمُسكِرات، حتى أوجَب الحدَّ بشُرب قَطرةٍ من الباذِق قِياسًا على الخَمر.

وهذا مُخالِفٌ للسُّنّة الْمَشهورةِ؛ فإنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ قال: «حُرِّمت الخمرُ لعَينها، والسُّكرُ من كلِّ شَرابٍ»[1].

ولأنه عَلَّل لتَعدِية الاسمِ، والتَّعديةُ للأَحكام دونَ الأسماءِ، ولأنه جوَّز التَّعديةَ مع اختِلافِ الْمَعانِي.

وهي نَجِسةٌ نَجاسةً غَليظةً، كالبَول والدَّمِ؛ لأنها سُمِّيت رِجسًا بالنَّصِّ القَطعيِّ[2].

ويُكفَرُ مُستحِلُّها؛ لأن حُرمتَها قَطعيّةٌ؛ لثُبوتها بالكِتاب والسُّنّةِ الْمُتواتِرةِ وإجماعِ الأُمّةِ.

وسَقَط تَقوُّمُها في حقِّ الْمُسلِمِ، حتى لا يَضمَنُ مُتلِفُها وغاصِبُها.

ولا يَصِحُّ بيعُها؛ لأن صاحِبَ الشَّرعِ متى نَجَّسها فقد أَهانها، فيَبطُلُ تَقوُّمُها ضَرورةً؛ إذ تَقوُّمُها يُنبِئُ عن عِزّتها، والبيعُ يُبتني على[3] التَّقوُّم، وكذا الضَّمانُ، ولم يُوجَد.

واختَلَفوا في سُقوط مالِيّتِها، **والصَّحيحُ**: أنها مالٌ؛ لجَرَيان الشُّحِّ والضِّنّةِ فيها.

ومن كان له على مُسلِمٍ دَينٌ، فأَوفاه ثمَنَ خمرٍ: لم يَحِلَّ له أخذُه ولا للمَديون أن يُؤدِّيَه؛ لأنه ثمَنُ بيعٍ غيرِ مُنعقِدٍ، وهي[4] غصبٌ في يَده أو أمانةٌ على حَسَب ما اختَلَفوا فيه، كما في بَيع الْمَيْتةِ.

ولو كان الدَّينُ على ذِمّيٍّ: يُؤدِّيه من ثَمَن الخمرِ، والْمُسلِمُ الطّالبُ يَستَوفيه؛ لأنها

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٣٠٦.

(٢) أي في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠].

(٣) في (هـ): ينبيء عن.

(٤) في (أ) و(ز): وهو.

مالٌ مُتقوَّمٌ في حقِّ الكافِرِ، وبيعُها جائِزٌ عندَه، وقد مَرَّ في الكَراهِيَة.

ويَحرُمُ الانتِفاعُ بها؛ لأنه لَمّا كان رِجسًا نَجِسَ العَينِ واجِبَ الاجتِنابِ.. حَرُم الانتِفاعُ به ضَرورةً.

ويُحَدُّ شارِبُها، وإن لم يَسكَر منها؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «من شَرِب الخمرَ فاجلِدوه»[1]، وعليه إجماعُ الصَّحابةِ[2].

وهو ثَمانون جَلدةً عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أربَعون، وقد مَرَّ في الحُدود.

ولا يُؤثِّرُ الطَّبخُ فيها؛ لأن الطَّبخَ في الشَّرع للمَنع من ثُبوت الحُرمةِ، لا لإبطالها بعدَ ثُبوتِها؛ وهذا لأن الطَّبخَ أثَرُه في إزالة صِفةِ الإسكارِ، وبعدَما صار خمرًا لا يُؤثِّرُ فيها.

ثم قِيل: لا يُحَدُّ فيه ما لم يَسكَر منه؛ لأن الحدَّ بالقَليل مَخصوصٌ بالنِّيء، وهذا مَطبوخٌ، وقال شمسُ الأئمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحَدُّ من شَرِب منه، قَليلًا كان أو كَثيرًا.

---

(١) رواه الإمام أحمد (٦١٩٧)، وأبو داود (٤٤٨٥)، والترمذي (١٤٤٤)، والنسائي (٥٦٦١)، وابن ماجه (٢٥٧٣).

وقال في «نصب الراية» ٣/ ٣٤٦: روي من حديث أبي هريرة، ومن حديث معاوية، ومن حديث ابن عمر، ومن حديث قبيصة بن ذؤيب، ومن حديث جابر، ومن حديث الشريد، ومن حديث الخدري، ومن حديث عبد الله بن عمرو، ومن حديث جرير، ومن حديث ابن مسعود، ومن حديث شرحبيل بن أوس، ومن حديث غطيف.

فحديث أبي هريرة: أخرجه أصحاب السنن إلا الترمذي (أبو داود ٤٤٨٤ والنسائي ٥٦٦٢ وابن ماجه ٢٥٧٢) عن ابن أبي ذئب عن خاله الحارث بن عبد الرحمن المدني عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا سكر فاجلدوه، ثم إن سكر فاجلدوه، ثم إن سكر فاجلدوه، فإن عاد الرابعة فاقتلوه»... إلى آخر التخريج.

(٢) تقدم ذكر إجماع الصحابة أول باب حد الشرب.

وَيجوزُ تَخليلُها عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

والطِّلاءُ[1]، أي العَصيرُ إن طُبِخ، فذَهَب أقَلُّ من ثُلُثَيه.

وثانِيها: الطِّلاءُ، أي العَصيرُ إن طُبِخ حتى ذَهَب أقَلُّ من ثُلُثَيه[2]، فهو الْمَطبوخُ أدنى طَبخةٍ، ويُسمّى الباذِقَ.

ومنها: الْمُنصَّفُ، **وهو:** الذي طُبِخ حتى ذَهَب نِصفُه وبَقِي نِصفُه، وحُكمُه حُكمُ الباذِقِ.

وكلُّ ذلك حرَامٌ عندَنا إذا غَلى واشتَدَّ وقَذَف[3] بالزَّبد، أو إذا اشتَدّ، على الاختِلاف.

وقال الأوزاعيُّ: هو مُباحٌ، وهو قولُ بعضِ أصحابِ الظَّواهِرِ وبعضِ الْمُعتزِلةِ؛ لأنه مَشروبٌ طيِّبٌ وليس بخمرٍ، فكان حَلالًا، كالْمُثلَّث.

ولنا: أنه في مَعنى الخمرِ؛ لأنه رَقيقٌ مُلِذٌّ[4] مُطرِبٌ، يَدعو قَليلُه إلى كَثيره، ويَجتمِعُ الفُسّاقُ على شُربه كما يَجتمِعون على شُرب الخمرِ، فكان حَرامًا، كالخَمر، بخِلاف الْمُثلَّثِ؛ لأنه غَليظٌ.

والسَّكَرُ، أي النِّيءُ من ماء الرُّطَبِ.

وثالِثُها: السَّكَرُ، أي النِّيءُ من ماء الرُّطَبِ إذا صار مُسكِرًا، وهو حَرامٌ.

---

(١) الطلاء: ما طبخ من عصير العنب حتى ذهب ثلثاه، وتسميه العجم الميبختج، وبعض العرب يسمي الخمر الطِّلا يريد بذلك تحسين اسمها، لا أنها الطلاء بعينها، والطلاء أيضًا القطران وكل ما طليت به. «المختار» ص١٩٢.

(٢) في (ب): ثلثه.

(٣) في (ب) و(د): إذا غلى وقذف.

(٤) في (ب) و(د) و(هـ): مسكر.

وقال شَريكُ بنُ عبدِ اللهِ: هو حَلالٌ؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَمِن ثَمَرَٰتِ ٱلنَّخِيلِ وَٱلۡأَعۡنَٰبِ تَتَّخِذُونَ مِنۡهُ سَكَرٗا وَرِزۡقًا حَسَنًاۚ﴾ [النَّحل: ٦٧]، ذَكَره في مَوضِع الْمِنَّةِ، وهي لا تَتحقَّقُ بالْمُحرَّم، فأوجَب إباحتَه[١].

ولنا: إجماعُ الصَّحابةِ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُمۡ على ذلك[٢]، وقال عَلَيۡهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «الخمرُ من هاتين الشَّجرَتَين»[٣].

والنَّصُّ[٤] مَحمولٌ على ما قبلَ التَّحريمِ، وقِيل: هو دالٌّ على التَّحريم على وَجه التَّوبيخِ، أي تَتَّخِذون منه سَكَرًا، وتَدْعون رِزقًا حسَنًا؟!

ونَقيعُ الزَّبيبِ، أي النِّيءُ من ماء الزَّبيبِ إن اشتَدَّ وغَلى.

ورابِعُها: نَقيعُ الزَّبيبِ، أي: النِّيءُ من ماء الزَّبيبِ إن اشتَدَّ وغَلى، وهو حَرامٌ عندَنا، خِلافًا للأوزاعيِّ على ما مَرّ.

وصحَّ بيعُ غيرِ الخمرِ، وضَمِن مُتلِفُه، ولا يُكفَرُ مُستحِلُّه، بخِلاف الخمرِ.

---

(١) وقيل: أريد بها التوبيخ، معناها والله أعلم: تتخذون منه سَكَرًا وتدعونه رزقًا حسنًا؟ «التبيين» ٦/ ٤٥. وفصَّل في «مجمع الأنهر» ٢/ ٥٧٠ فقال: إن توصيف المعطوف بالحسن لا يخلو عن الدلالة على أن في نفي المعطوف عليه قبحًا، فجامع أن الامتنان مشوب بالتوبيخ، وهو تتخذون سَكَرًا وتَدْعون رِزقًا حَسَنًا؟

(٢) انظر الآثار الواردة في ذلك في «نصب الراية» ٤/ ٢٩٩، و«البناية» ١٢/ ٣٦٥، ومنها ما عند الطبراني (٩٧١٤) عن أبي وائل قال: اشتكى رجل منا بطنه، يقال له: خثيم بن عداء، فنقعت له السكر فقال عبد الله: إن الله عز وجل لم يكن ليجعل شفاءكم فيما حرم عليكم.

وكذلك ما عند عبد الرزاق، وابن أبي شيبة، والدارقطني، والبيهقي.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أي قوله تعالى: ﴿وَمِن ثَمَرَٰتِ ٱلنَّخِيلِ وَٱلۡأَعۡنَٰبِ تَتَّخِذُونَ مِنۡهُ سَكَرٗا وَرِزۡقًا حَسَنًاۚ﴾ [النحل: ٦٧].

ثم حُرمةُ هذه الثَّلاثةِ دونَ الخمرِ؛ لأن حُرمةَ الخمرِ قَطعيّةٌ، وحُرمةَ الثَّلاثةِ بضربٍ من الاجتِهاد، حتى جاز بيعُ غيرِ الخمرِ من هذه الأشربِةِ، وضَمِن مُتلِفُها عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ولا يُكفَرُ مُستحِلُّها، وإنما يُضلَّلُ، بخِلاف الخمرِ؛ فإنه لا يَصِحُّ بيعُها، ولا يَضمَنُ مُتلِفُها.

وقالا: لا يَجوزُ بيعُها، ولا يَضمَنُ مُتلِفُها، كالخَمر؛ لأنها حَرامٌ كالخَمر.

وله: أنها كانت أموالًا مُتقوَّمةً، ولم يُوجَد دَليلٌ قَطعيٌّ لسُقوط تَقوُّمِها، بخِلاف الخمرِ.

ثم عندَه: تَجِبُ قِيمتُها لا مِثلُها؛ لأن الْمُسلِمَ مَمنوعٌ عن التَّصرُّف في الحَرام، فلا يَكونُ مَأمورًا بإِعطاء الْمِثلِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَجوزُ بيعُها إذا كان الذّاهبُ بالطَّبخ أكثَرَ من النِّصف دونَ الثُّلُثَين.

ولا يُنتفَعُ بها بوجهٍ من الوُجوه أيضًا، ويُحَدُّ شارِبُ قَطرةٍ من الخَمر، ولا يُحَدُّ شارِبُ هذه الجُملةِ ما لم يَسكَر، ونَجاسةُ الخمرِ غَليظةٌ، ونَجاستُها خَفيفةٌ في رِوايةٍ، وغَليظةٌ في رِوايةٍ.

وفي «الجامعِ الصَّغيرِ»: وما سِوى ذلك من الأشرِبة فلا بأسَ به.

وهذا الجَوابُ على هذا العُمومِ نصٌّ على أن ما يُتَّخَذُ من الحِنطة، والشَّعيرِ، والعسَلِ، والذُّرَةِ.. حَلالٌ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، حتى لا يَجِبُ الحدُّ وإن سَكِر منه عندَه، والسَّكرانُ منه إذا طَلَّق امرَأتَه لم يَقَع عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، بمَنزِلة طَلاقِ النّائمِ، والْمُغمى عليه، ومن ذَهَب عقلُه بالبَنج ولبَنِ الرِّماكِ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو حَرامٌ، ويُحَدُّ شارِبُه إذا سَكِر منه، ويَقَعُ طَلاقُه إذا سَكِر منه، بمَنزِلة السَّكرانِ من الأشرِبة الْمُحرَّمةِ.

وعن ابن عبّاسٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: كلُّ نَبيذٍ يَفسُدُ عندَ إبّانِه[1] فلا بأسَ به، وكلُّ نَبيذٍ يَزدادُ جَودةً على طُول التَّركِ، فلا خيرَ فيه[2].

أَراد به النِّيءَ من ماء الزَّبيبِ والتَّمرِ أنه ما دام حُلوًا ولم يَصِر مُعتَّقًا، فهو بحيث يَفسُدُ عندَ إبّانِه فلا بأسَ بشُربه، وإذا صار مُعتَّقًا بأن غَلى واشتَدَّ وقَذَف بالزَّبَد: فهو يَزدادُ جَودةً على طُول التَّركِ، فلا خيرَ فيه.

وبه كان يَقولُ أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الابتِداء في الْمَطبوخ من ماء الزَّبيبِ والتَّمر: إنه إذا صار مُعتَّقًا لا يَحِلُّ شُربُه، وإن كان بحيث يَفسُدُ إذا تُرِك عشَرةَ أيّامٍ فلا بأسَ بشُربه، ثم رَجَع إلى قَول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

فالحاصِلُ: أن أبا يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ كان يَقولُ أوّلًا مِثلَ قولِ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن كلَّ مُسكِرٍ حَرامٌ، لكنه وحدَه شَرَط أن لا يَفسُدَ بعدَما يَبلُغُ عشَرةَ أيّامٍ.

فهاتان مَسألتان:

إِحداهما: أن كلَّ مُسكِرٍ حَرامٌ عندَ محمدٍ وأبي يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ أوَّلًا، ثم رَجَع أبو يوسف إلى قَول أبي حنيفة رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

والثّانيةُ: أن الأشرِبةَ نحوَ السَّكَرِ ونَقيعِ الزَّبيبِ إذا غَلى واشتَدَّ: حَرامٌ عندَهما، وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كذلك، ولكن بشَرط أن يَبقى بعدَ عشَرةَ أيّامٍ ولا يَفسُدَ، أي لا يَحمَضَ، ثم رَجَع إلى قَولهما.

---

(١) أي وقته. «الطلبة» ص١٦٠.

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٤٢٠٣)، وأخرجه بعده أيضًا عن عمر بن عبد العزيز.

وحلَّ(م ف) نبيذُ التَّمرِ والزَّبيبِ إن طُبِخ أَدنى طَبخةٍ، وإن اشتدّ.. إن شَرِب ما لا يُسكِرُ بلا لهوٍ وطَرَبٍ.

ونَبيذُ التَّمرِ والزَّبيبِ إذا طُبِخ كلُّ واحِدٍ منهما أدنى طَبخةٍ: حَلالٌ وإن اشتَدّ، إذا شَرِب منه ما يَغلِبُ على ظنِّه أنه لا يُسكِرُ، من غَير لهوٍ ولا طرَبٍ، عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَااللَّهُ.

وعندَ محمدٍ والشّافعيّ رَحِمَهُمَااللَّهُ: حَرامٌ، والكَلامُ فيه كالكَلام في الْمُثلَّث العِنَبيِّ، وسنَذكُره إن شاء اللهُ تَعالى.

والخَليطان[1].

ولا بأسَ بالخَليطَين؛ لحَديث ابنِ زِيادٍ[2] قال: سَقاني ابنُ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا شَربةً ما كِدتُ أهتَدي إلى أهلي[3]، فغَدَوتُ عليه من الغَد فأخبَرتُه بذلك، فقال: ما زِدناك على عَجوةٍ وزَبيبٍ[4].

وابنُ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا كان مَعروفًا بالزُّهد والفِقهِ بينَ الصَّحابةِ[5]، فلا يُظَنُّ به أنه كان

(١) الخليطان: الزبيب والتمر والبسر، إذا أنضجته النار، وفي «الأجناس»: الخليطان اسم لتمر وعنب يخلطان ثم يطبخان جميعًا. «المغرب» ص١٥١.

(٢) في (أ): لحديث زياد.

(٣) كذا في (ز) ونسخة في (ج)، وفي الباقي: إلى منزلي.

(٤) رواه الإمام أبو يوسف في «الآثار» (١٠٠١)، وانظر أدلة أخرى في «البناية» ١٢/ ٣٧٢.

(٥) قال الحافظ في «الإصابة» ٤/ ١٥٧: وفي «الزهد» لأحمد، من طريق إبراهيم النخعي قال: قال عبد الله -يعني ابن مسعود-: إنّ أملك شباب قريش لنفسه في الدنيا عبد الله بن عمر.

وأخرجه أبو الطّاهر، والذهلي في «فوائده»، من طريق ابن عون عن إبراهيم عن الأسود عن عبد الله بمعناه، فوصله، ولفظه: لقد رأيتنا ونحن متوافرون، فما بيننا شابٌّ هو أملك لنفسه من عبد الله بن عمر.=

يَسقي غيرَه ما لا يَشرَبُه، أو يَشرَبُ ما كان حَرامًا.

وهذا يُفيدُ أن الْمُتَّخَذَ من العَجوة والزَّبيبِ حَلالٌ، وإن اشتَدَّ وصار مُسكِرًا؛ لأن الذي سَقاه كان مُشتدًّا[1]؛ ألا تَرى إلى قَوله: ما كِدتُ أهتَدي إلى أَهلي. وكان مَطبوخًا؛ لأن الْمَرويَّ عنه حُرمةُ نَقيعِ الزَّبيبِ، وهو النِّيءُ منه.

وفيه ردٌّ لقَول أصحابِ الظَّواهِرِ: إنه لا يَحِلُّ شُربُ الخَليطَين وإن كان حُلوًا؛ لأنه عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن الجَمع بينَ التَّمرِ والزَّبيبِ، والزَّبيبِ والرُّطَبِ، والرُّطَبِ والبُسرِ[2].

= وأخرج أبو سعيد بن الأعرابي بسند صحيح -وهو في «الغيلانيات» و«المحامليات»- عن سالم بن أبي الجعد عن جابر: ما منا من أحد أدرك الدنيا إلا مالت به ومال بها غير عبد الله بن عمر.

وفي «تاريخ» أبي العباس السراج بسند حسن عن السدي: رأيت نفرًا من الصحابة كانوا يرون أنه ليس أحد فيهم على الحالة التي فارق عليها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ إلا ابن عمر.

وفي «الشعب» للبيهقي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: مات ابن عمر وهو مثل عمر في الفضل، ومن وجه آخر عن أبي سلمة: كان عمر في زمان له فيه نظراء، وكان ابن عمر في زمان ليس له فيه نظير.

وفي «معجم» البغوي بسند حسن عن سعيد بن المسيب: لو شهدت لأحد من أهل الجنة لشهدت لابن عمر، ومن وجه صحيح: كان ابن عمر حين مات خير من بقي.

وقال يعقوب بن أبي سفيان: حدثنا قبيصة، حدثنا سفيان، عن ابن جريج، عن طاووس: ما رأيت رجلًا أورع من ابن عمر... إلخ.

(١) في (هـ): نبيذًا.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣٠٠: أخرج البخاري (٥٦٠١) ومسلم (١٩٨٦) وباقي الستة عن عطاء بن أبي رباح عن جابر عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: أنه نهى أن ينبذ الزبيب والتمر جميعًا، ونهى أن ينبذ البسر والرطب جميعًا. انتهى. وأخرج الجماعة إلا الترمذي (البخاري ٥٦٠٢ ومسلم ١٩٨٨) عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ نهى عن خليط الزبيب والتمر، وعن خليط البسر=

قُلنا: كان في زَمان الجدبِ، فكَرِه للأغنِياء الجمعَ بينَ النِّعمتَين[1].

= والتمر، وعن خليط الزهو والتمر، وقال: «انتبذوا كل واحد على حدة». انتهى. وفي لفظ فيه لمسلم (١٩٨٨): أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تنبذوا الزهو والرطب جميعًا، ولا تنبذوا الرطب والزبيب جميعًا، ولكن انتبذوا كل واحد على حدته». انتهى. ولم يذكر البخاري فيه: الرطب ولا البسر، وأخرج مسلم (١٩٨٩) عن يزيد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة، قال: نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الزبيب والتمر، والبسر والتمر، وقال: «ينبذ كل واحد منهما على حدته». انتهى، وأخرج أيضًا (١٩٩٠) عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يخلط التمر والزبيب جميعًا، وأن يخلط التمر والبسر جميعًا. انتهى، وأخرج أيضًا عن نافع عن ابن عمر قال: نهى أن ينبذ البسر والرطب جميعًا، والتمر والزبيب جميعًا. انتهى. وأخرج أيضًا (١٩٨٧) عن أبي المتوكل عن الخدري قال: نهانا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن نخلط بسرًا بتمر، أو زبيبًا بتمر، أو زبيبًا ببسر، وقال: «من شرب منكم النبيذ فليشربه زبيبًا فردًا، أو تمرًا فردًا، أو بسرًا فردًا». انتهى.

(١) قال في «المبسوط» ٢٤/ ٥: وتأويل ذلك عندنا: أن ذلك كان في زمان الجدب، كره للأغنياء الجمع بين النعمتين، وفي الحديث زيادة فإنه قال: «وعن القران بين النعمتين، وعن الجمع بين نعمتين»، والدليل على أنه لا بأس بذلك في غير زمان القحط: حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: كنت أنبذ لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تمرًا، فلم يستمرئه، فأمرني، فألقيت فيه زبيبًا. انتهى.

قلت: وبنحو ما ذكره السرخسي ما رواه ابن أبي شيبة (٢٣٨٨٥) والطبراني في «الأوسط» (٧٨٢٨) عن عائشة قالت: كنت أنبذ لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ التمر، ثم آخذ قبضة من الزبيب فألقيه فيه.

وشاهد للحديث أيضًا ما رواه الإمام أبو يوسف في «الآثار» (١٠٠٠) عن نافع عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أنه كان ينبذ له زبيب فلم يستمرئه، فأمر الجارية فألقت فيه عجوة.

وقال في «نصب الراية» ٤/ ٣٠١: قوله: وهو محمول على حالة الشدة، فكان ذلك في الابتداء -يعني النهي عن الخليطين في الحديث المتقدم-: قلت: المراد بالشدة هنا القحط، ويؤيده ما رواه محمد بن الحسن في كتاب «الآثار» أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال: لا بأس بنبيذ خليط التمر والزبيب، وإنما كرها لشدة العيش في الزمن الأول، كما كره السمن واللحم، وكما كره الإقران، فأما إذا وسع الله على المسلمين فلا بأس به. انتهى. =

ونَبيذُ العَسَلِ(م)، والتِّينِ(م)، والبُرِّ(م)، والشَّعيرِ(م)، والذُّرَةِ(م).. بلا طبخٍ.

ونَبيذُ العسَلِ، والتِّينِ، والبُرِّ، والشَّعيرِ، والذُّرَةِ: حَلالٌ وإن لم يُطبَخ عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، إذا كان من غَير لهوٍ وطرَبٍ؛ لقَوله عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «الخمرُ من هاتين الشَّجرَتين»، وأَشار إلى الكَرْمة والنَّخلةِ[1]، فخَصَّ التَّحريمَ بهما؛ إذ المُرادُ: بَيانُ الحُكمِ، فيَكونُ ما وراءَهما مُباحًا بالنُّصوص العامّةِ.

ثم في ظاهِر الرِّوايةِ: لا بأسَ بالشُّرب منه، مَطبوخًا أو غيرَ مَطبوخٍ.

وفي «النَّوادِر» عن محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: أن شُربَ النِّيءِ منه بعدَما اشتَدَّ لا يَحِلُّ[2].

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن العسَلَ أو الشَّعيرَ أو الذُّرَةَ حَلالُ التَّناوُلِ، مُتغيِّرًا كان أو غيرَ مُتغيِّرٍ، فكذا ما يُتَّخذُ منها من الأشرِبة؛ لأن هذا في مَعنى الطَّعامِ، والتَّغيُّرُ في الطَّعام لا يُؤثِّرُ في الحُرمة، وكذا نفسُ الشِّدّةِ لا تُوجِبُ الحُرمةَ، فقد يَكونُ ذلك في بَعض الأدوِيةِ كالبَنج، وفي بَعض الأشرِبةِ كاللَّبَن، ولئن رُوِي فيه حَديثٌ[3] فهو شاذٌّ فيما تَعُمُّ به

= وأخرج ابن عدي في «الكامل» عن عمر بن رديح ثنا عطاء بن أبي ميمون عن أم سليم وأبي طلحة أنهما كانا يشربان نبيذ الزبيب والبسر يخلطانه، فقيل له: يا أبا طلحة! إن رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ نهى عن هذا، قال: إنما نهى عن العوز في ذلك الزمان، كما نهى عن الإقران. انتهى. وأعله بعمر بن رديح.

حديث آخر: أخرجه أبو داود في «سننه» عن أبي بحر عبد الرحمن بن عثمان البكراوي عن عتاب بن عبد العزيز الحماني، قال: حدثتني صفية بنت عطية قالت: دخلت مع نسوة من عبد القيس على عائشة، فسألناها عن التمر والزبيب، فقالت: كنت آخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب، فألقيه في إناء فأمرسه، ثم أسقيه النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ. انتهى، والبكراوي فيه مقال.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (ز): حرام.

(٣) وهو ما رواه البخاري (٥٥٨٦) ومسلم (٢٠٠١) واللفظ للأول: عن عائشة رَضِيَٱللَّهُعَنْهَا قالت: =

البَلوى، فيُرَدُّ.

ولا حدَّ على من شَرِب مما يُتَّخَذُ من العَسَل والبُرِّ والشَّعيرِ والذُّرَةِ والفانِيذِ والسُّكَّرِ والتُّوتِ والكُمَّثرى وغيرِ ذلك، سَكِر أو لم يَسكَر؛ لأن النَّصَّ وَرَد بالحدِّ في الخَمر، وهذا ليس في مَعناها، فلو وَجَب الحدُّ فيه لكان بطَريق القِياسِ، وذا لا يَجوزُ.

ولأن الحدَّ شُرِع للزَّجر عن ارتِكاب سبَبِه، ودُعاءُ الطَّبعِ إلى هذه الأشرِبةِ لا يَكونُ كدُعاء الطَّبعِ إلى الْمُتَّخَذ من الزَّبيب والعِنَبِ والتَّمرِ، فلا يُشرَعُ فيه الزَّاجرُ، كذا في «الْمَبسوط» لشَمس الأئِمّةِ السَّرَخسيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وذَكَر في «الهِداية» و«مَبسوطِ» شيخِ الإسلامِ بإِسبِيجاب[1]: الأصَحُّ: أنه يُحَدُّ؛ لأن الفُسّاقَ يَجتمِعون في زَمانِنا على شُربه كما يَجتمِعون على سائِر الأشرِبةِ، وكذا الْمُتَّخَذُ من الألبان إذا اشتَدَّ فهو على هذا.

وقِيل: على قَول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَحِلُّ لبَنُ الرَّمَكةِ، كلَحمه؛ لأنه مُتولِّدٌ منه.

والصَّحيحُ: أنه يَحِلُّ؛ لأن كَراهةَ لحمِه لِما فيه من قَطع مادّةِ الجِهادِ، أو لاحتِرامه، فلا يَتعدّى حُكمُه إلى لَبَنه.

والْمُثلَّثُ(م) العِنَبيُّ[2].

= سئل رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ عن البتع –وهو نبيذ العسل–، وكان أهل اليمن يشربونه، فقال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «كل شراب أسكر فهو حرام».

(١) في (ج): للإسبيجابي، وفي (ز): المعروف بإسبيجاب.

(٢) المثلث العنبي: ماء العنب الذي يطبخ حتى يذهب ثلثاه وبقي ثلثه، ثم يوضع حتى يغلي ويشتد ويقذف بالزبد، وكذا إن صب فيه الماء حتى يَرِق بعدما ذهب ثلثاه، ثم يُطبخ أدنى طبخة، ثم يترك إلى أن يغلي ويشتد ويقذف بالزبد، وتسميته بالمثلث مخالفة لعامة الكتب، فإنه يسمى بأسامي أخر، =

والْمُثلَّثُ العِنَبيُّ حَلالٌ وإن غَلى واشتَدَّ وسَكَن من الغَلَيان، أي الذي ذَهَب ثُلُثاه بالطَّبخ وبَقِي ثُلُثُه، وهذا عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وقال محمدٌ ومالِكٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: قَليلُه وكَثيرُه حَرامٌ.

وسُئِل أبو حفصٍ الكَبيرُ عنه فقال: لا يَحِلُّ شُربُه، فقِيل له[1]: خالَفتَ أبا حنيفة وأبا يوسف رَحِمَهُمَا اللَّهُ، فقال: لأنهما يُحِلّان للاستِمراء، والنّاسُ في زَمانِنا يَشرَبون للفُجور والتَّلهِّي.

فعُلِم أن الخِلافَ فيما إذا قُصِد به التَّقوِّي، فأما إذا قُصِد به[2] التَّلهِّي: فلا يَحِلُّ بالاتِّفاق.

وعن[3] محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ مِثلُ قولِهما، وعنه: أنه كَرِه ذلك، وعنه: أنه تَوقَّف فيه فقال: لا أُحرِّمُه ولا أُبيحُه.

احتَجُّوا بقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كلُّ مُسكِرٍ حَرامٌ»[4]، وفي رِوايةٍ: «ما أسكَر كَثيرُه فقَليلُه حَرامٌ»[5]، وفي رِوايةٍ: «ما أسكَر الجَرّةُ منه فالجُرعةُ منه حَرامٌ»[6].

=كالجمهوري لاستعمال الجمهور، والحميدي منسوب إلى حميد فإنه صنعه، وأبو يوسفي ويعقوبي لأنه اتخذ لهارون الرشيد، وهو حلال عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى ما لم يسكر، خلافًا لمحمد ومالك والشافعي رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى. «الدستور» ٣/ ١٥٠ بتصرف يسير.

(١) في (ز): فقيل له لم.

(٢) في (أ) و(ج): إذا أراد به.

(٣) في (د): وقال.

(٤) رواه البخاري (٤٣٤٣)، ومسلم (١٧٣٣).

(٥) رواه الإمام أحمد (٥٦٤٨)، وأبو داود (٣٦٨١)، والترمذي (١٨٦٥)، والنسائي (٥٦٠٧)، وابن ماجه (٣٣٩٢)، والدارقطني (٤٦٣٠).

(٦) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣٠٥: هذه رواية غريبة، ولكن معناها في حديث عائشة: «ما أسكر=

ولأن الكَثيرَ من هذه الأشرِبةِ مُساوٍ للكَثير من الخَمر في حقِّ الحُرمةِ ووُجوبِ الحدِّ، فكذا القَليلُ؛ وهذا لأن القَليلَ منه لو كان مُباحًا لَمَا وَجَب الحدُّ وإن سَكِر منه؛ لأن السُّكرَ إنما حَصَل بشُرب الحَلالِ والحَرامِ حينَئِذٍ، فاعتِبارُ جانِبِ الحَلالِ يَمنَعُ وُجوبَ الحدِّ عليه، وإذا اجتَمَع الْمُوجِبُ للحدِّ[1] والْمُسقِطُ له تَرجَّح الْمُسقِطُ على الْمُوجِب.

ولهما: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «حُرِّمت الخمرُ لعَينها، والسُّكرُ من كلِّ شَرابٍ»[2]، خَصَّ السُّكرَ بالتَّحريم في غَير[3] الخمرِ؛ لأن العطفَ يَقتَضي الْمُغايَرةَ، والْمُسكِرُ هو القدَحُ الأخيرُ، وهو حَرامٌ عندَنا.

وإنما حَرُم القَليلُ من الخَمر: لأن القَليلَ يَدعو إلى الكَثير؛ للرِّقّة واللَّطافةِ، فكان القَليلُ سببًا للفَساد، كالكَثير، فكان حَرامًا، وهذه الأشرِبةُ غَليظةٌ لا يَدعو قَليلُها إلى كَثيرها، فكان قَليلُها مُباحًا مع وصفِ الشِّدّةِ، والسُّكرُ منها حَرامًا.

وقد طَعَن إبراهيمُ النَّخَعيُّ في الأَخبار[4].

= الفَرَق، فملؤ الكف منه حرام»، أخرجه أبو داود (٣٦٨٧) والترمذي (١٨٦٦)، وفي رواية للترمذي (١٨٦٦): «فالحسوة منه حرام».

(١) في (ب) و(د): للحل.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في (ب) و(د): عين.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣٠٥: قوله: وهذا الحديث ليس بثابت، ثم هو محمول على القدح الأخير: قلت: أخرج الدارقطني في «سننه» (٤٦٣٢) عن عمار بن مطر ثنا جرير بن عبد الحميد عن الحجاج عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله في قوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «كل مسكر حرام» قال: هي الشربة التي أسكرتك، ثم أخرجه (٤٦٣٣) عن عمار بن مطر ثنا شريك عن أبي حمزة عن إبراهيم: =

ولأن الخِلافَ في ذلك مَشهورٌ بينَ الصَّحابةِ[1]، ولم يَحتجَّ بها أحدٌ، فلو كانت صَحيحةً لاحتَجُّوا بها.

ولأنها لَمّا تَعارَضت يُتمسَّكُ بالقِياس، وهو شاهِدٌ لنا، أو يُحمَلُ على القَدَح الأخيرِ؛ إذ هو الْمُسكِرُ حَقيقةً، أو على الابتِداء؛ لتكونَ فِطامًا لهم عن الخَمر، فلما وَقَع الفِطامُ أَباح ذلك.

والذي يُصَبُّ عليه الماءُ بعدَما ذَهَب[2] ثُلُثاه بالطَّبخ حتى يَرِقَّ، ثم يُطبَخُ طَبخةً..

= قوله: «كل مسكر حرام» قال: هي الشربة التي أسكرتك، قال: وهذا أصح من الأول، ولم يسنده غير الحجاج، واختلف عنه، وعمار بن مطر ضعيف، وحجاج ضعيف، وإنما هو من قول إبراهيم النخعي، ثم أسند (٤٦٣٥) عن ابن المبارك أنه ذكر له حديث ابن مسعود: «كل مسكر حرام» هي الشربة التي أسكرتك، فقال: حديث باطل. انتهى. وقال البيهقي في «المعرفة»: هذا إنما يرويه حجاج بن أرطاة، وهو لا يحتج به، وقد ذكر لابن المبارك فقال: حديث باطل، قال: وسببه ما أخبرنا أبو عبد الله الحافظ، فأسند عن البخاري أنه قال: قال زكريا بن عدي: لما قدم ابن المبارك الكوفة، فذكر قصة رواها ابن المبارك عن الحسن بن عمرو الفقيمي عن فضيل بن عمرو عن إبراهيم، قال: كانوا يقولون: إذا سكر من شراب لم يحل له أن يعود فيه أبدًا، قال البيهقي: فكيف يكون عند إبراهيم قول ابن مسعود هكذا، ثم يخالفه؟ فدل على بطلان ما رواه الحجاج بن أرطاة. انتهى كلامه.

(١) قال العيني في «رمز الحقائق» في تعليل إباحة المثلث العنبي: لما رُوِي عن أَبِي مُوسى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه كان يَشرَبُ من الطِّلاء ما ذَهَب ثُلُثاه وبَقِي الثُّلُثُ. رَواه النَّسائيُّ (٥٧٢١)، وله -أي للنسائي (٥٧٢٠)- مِثلُه عن أبِي الدَّرداءِ.

وقال البُخارِيُّ (٧/ ١٠٧، وانظر «تغليق التعليق» ٥/ ٢٣): رَأى عمرُ وأبُو عُبيدةَ ومُعاذٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ شُربَ الطِّلاءِ على الثُّلُث، وشَرِب البَراءُ وأبُو جُحَيفةَ على النِّصف.

وقال أبُو داوُدَ: سَأَلتُ أحمدَ عن شُرب الطِّلاءِ إذا ذَهَب ثُلُثاه وبَقِي ثُلُثُه، فقال: لا بأسَ به، قُلتُ: إنهم يَقولُون إنه يُسكِرُ، فقال: لا يُسكِرُ، لو كان يُسكِرُ لَمَا أحَلَّه عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) في (ب): بقي.

حُكمُه حُكمُ الْمُثلَّثِ؛ لأن صبَّ الماءِ يَزيدُه ضِعفًا، بخِلاف ما إذا صُبَّ الماءُ على العَصير ثم طُبِخ حتى ذَهَب ثُلُثا الكلِّ؛ لأن الماءَ يَذهَبُ أوَّلًا؛ لأنه ألطَفُ، أو يَذهَبُ منهما، فلا يَكونُ الذّاهبُ ثُلُثي ماءِ العِنَبِ جزمًا.

ولو طُبِخ العِنَبُ كما هو، ثم يُعصَرُ: يُكتفى بأَدنى طَبخةٍ، كذا رَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

ورَوى أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ عنه: أنه لا يَحِلُّ ما لم يَذهَب ثُلُثاه بالطَّبخ، وهو **الأَصَحُّ**؛ لأن العَصيرَ فيه قائِمٌ بلا تَغيُّرٍ، فيَستَوي اعتِبارُ الطَّبخِ فيه بعدَ العصرِ وقبلَه.

ولو جُمِع في الطَّبخ بينَ العِنَبِ والتَّمرِ، أو بينَ العِنَبِ والزَّبيبِ: لا يَحِلُّ ما لم يَذهَب بالطَّبخ ثُلُثاه[1]؛ لأن التَّمرَ إن كان يُكتفى فيه بأَدنى طَبخةٍ فعَصيرُ العِنَبِ لا يَحِلُّ بالطَّبخ ما لم يَذهَب منه ثُلُثاه، فيُعتبَرُ جانِبُ العِنَبِ احتِياطًا؛ تَغليبًا للمُوجِب للحُرمة.

وكذا إذا جُمِع بينَ عَصيرِ العِنَبِ ونَقيعِ التَّمرِ؛ لِما بيَّنّا.

ولو طُبِخ نَقيعُ التَّمرِ ونَقيعُ الزَّبيبِ أَدنى طَبخةٍ، ثم أُنقِع فيه تمرٌ أو زَبيبٌ.. فإن كان ما أُنقِع فيه شيئًا يَسيرًا لا يُتَّخَذُ النَّبيذُ من مِثله: فهو غيرُ مُعتبَرٍ، ولا بأسَ بشُربه، وإن كان يُتَّخَذُ النَّبيذُ من مِثله: لم يَحِلَّ شُربُه ما لم يُطبَخ قبلَ أن يَشتدَّ؛ لأنه في مَعنى نَقيعٍ ومَطبوخٍ.

ولو صُبَّ في الْمَطبوخ قدَحٌ من النَّقيع لم يَحِلَّ شُربُه إذا اشتَدّ، ويُغلَّبُ الْمُوجِبُ للحُرمة على الْمُوجِب للحِلّ، فهذا مِثلُه.

ولا يُحَدُّ في شُرب شيءٍ من ذلك ما لم يَسكَر؛ لأن ثُبوتَ الحُرمةِ للاحتِياط، وفي الحدِّ يُحتالُ للدَّرء والإسقاطِ.

---

(١) في (ب) زيادة: فيعتبر جانب العنب.

ولو طُبِخ الخمرُ أو غيرُه بعدَ الاشتِدادِ حتى ذَهَب ثُلُثاه: لم يَحِلَّ؛ لأن الحُرمةَ تَحققت، فلا تَزولُ بالطَّبخ.

والانتِباذُ في دُبّاءٍ[1]، وحَنتَمٍ[2]، ومُزفَّتٍ[3]، ونَقيرٍ[4].

ولا بأسَ بالانتِباذ في الدُّبّاء والحَنتَمِ والمُزفَّتِ والنَّقيرِ؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «كُنتُ نَهيتُكم عن ثَلاثٍ: عن زِيارة القُبورِ، فزُوروها[5]، فقد أُذِن لمحمدٍ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ في زِيارة قبرِ أُمِّه، ولا تَقولُوا هُجْرًا، وعن لَحم الأضاحِيِّ أن تُمسِكوه فوقَ ثَلاثةِ أيّامٍ، فأمسِكوه ما بَدا لكم وتَزوَّدوا؛ فإنما نَهيتُكم ليَتَّسِعَ به مُوسِرُكم على مُعسِركم، وعن النَّبيذ في الدُّبّاء والحَنتَمِ والمُزفَّتِ، فاشرَبوا في كلِّ ظرفٍ، فإن الظَّرفَ لا يُحِلُّ شيئًا ولا يُحرِّمُه، ولا تَشرَبوا مُسكِرًا»[6].

---

(١) الدباء: القَرعة، وكان ينبذ فيها فيشتد. «المغرب» ص١٦٠.

(٢) الحنتم: جِرار خُضر، كانت تُحمل إلى المدينة فيها الخمر. «المغرب» ص١٦٠.

(٣) المزفت: هو الإناء المطلي جوفه بالزِّفت -بكسر الزاي- أي القِير، وكان ينبذ فيه فيشتد. «المغرب» ص١٦٠.

(٤) النقير: أصل النخلة، يُنقر جوفها، ويُشدخ فيها الرطب والبسر، ويترك حتى يشتد ويغلي. «المغرب» ص١٦٠.

(٥) في (ج): ألا فزوروها.

(٦) ورد هذا الحديث في أحاديث متفرقة، ومن أقرب الألفاظ إليه بهذا السياق: ما رواه الإمام أحمد (٢٣٠١٦) بلفظ: «إني كنت نهيتكم عن ثلاث: عن زيارة القبور، وعن لحوم الأضاحي أن تحبس فوق ثلاث، وعن الأوعية، ونهيتكم عن لحوم الأضاحي ليوسع ذو السعة على من لا سعة له، فكلوا وادخروا، ونهيتكم عن زيارة القبور، وإن محمدًا قد أذن له في زيارة قبر أمه، ونهيتكم عن الظروف، وإن الظروف لا تحرم شيئًا ولا تحله، وكل مسكر حرام».

ورواه مسلم (١٩٧٧) بلفظ: «نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها، ونهيتكم عن لحوم الأضاحي =

ففي الحَديث دَليلُ جَوازِ نسخِ السُّنّةِ بالسُّنّة، فقد أذِن في هذه الأشياءِ الثَّلاثةِ بعدَما كان نَهى عنها، وبالإذن يَنتسِخُ حُكمُ النَّهيِ.

وإنما يُنتبَذُ فيه بعدَ تَطهيرِه، فإن كان الوِعاءُ عَتيقًا: يُغسَلُ ثَلاثًا فيَطهُرُ، كما لو تَنجَّس الظَّرفُ بالبَول والدَّمِ، فإنه يَطهُرُ بالغَسل ثَلاثًا.

وإن كان جَديدًا: لا يَطهُرُ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لتَشرُّبِ الخمرِ فيه.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُغسَلُ ثَلاثًا، ويُجفَّفُ في كلِّ مرّةٍ، كما مَرَّ في الطَّهارات فيما لا يَنعصِرُ بالعَصر، وقِيل: عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَملأُ ماءً مرّةً بعدَ أُخرى، حتى إذا خَرَج الماءُ صافِيًا غيرَ مُتغيِّرٍ[1] يُحكَمُ بطَهارته.

وتَخليلُ(ف) الخمرِ، وخلُّها.

وحَلَّ تَخليلُ الخمرِ، والخَلُّ الحاصِلُ من الخَمر حَلالٌ، سَواءٌ صارت خلًّا بنَفسها أو بشيءٍ طُرِح فيها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: التَّخليلُ حَرامٌ، ثم إن كان بإلقاء شيءٍ في الخَمر من مِلحٍ

= فوق ثلاث فأمسكوا ما بدا لكم، ونهيتكم عن النبيذ إلا في سقاء فاشربوا في الأسقية كلها، ولا تشربوا مسكرًا».

ورواه أبو داود (٣٦٩٨) بلفظ: «نهيتكم عن ثلاث وأنا آمركم بهن: نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها، فإن في زيارتها تذكرة، ونهيتكم عن الأشربة أن تشربوا إلا في ظروف الأدم، فاشربوا في كل وعاء، غير أن لا تشربوا مسكرًا، ونهيتكم عن لحوم الأضاحي أن تأكلوها بعد ثلاث، فكلوا واستمتعوا بها في أسفاركم».

ورواه النسائي (٢٠٣٣) بلفظ: «إني كنت نهيتكم أن تأكلوا لحوم الأضاحي إلا ثلاثًا، فكلوا وأطعموا وادخروا ما بدا لكم، وذكرت لكم أن لا تنتبذوا في الظروف الدباء والمزفت والنقير والحنتم، انتبذوا فيما رأيتم، واجتنبوا كل مسكر، ونهيتكم عن زيارة القبور، فمن أراد أن يزور فليزر، ولا تقولوا هجرًا».

(١) في (ب): معتبر، وفي (هـ): مكدر.

أو خلٍّ فلا يَحِلُّ ذلك الخلُّ قولًا واحِدًا، وإن كان التَّخليلُ بغَير إلقاءِ شيءٍ فيه، بأن كان بالنَّقل من الظِّلِّ إلى الشَّمس، أو بإيقاد النّارِ بالقُرب منه.. فله قَولان في إباحة تَناوُلِ ذلك الخلِّ.

له: أن النَّصَّ أوجَب الاجتِنابَ(١)، وفي التَّخليل اقتِرابٌ منها على وَجه التَّموُّلِ، وهو ضِدُّ الْمَأمورِ به، بخِلاف الحَملِ للإراقة؛ لأنه مُبالَغةٌ في الاجتِناب عنها مَعنًى، وإذا كان التَّخليلُ حَرامًا فلا يَكونُ مُؤثِّرًا في الحِلّ، كذَبح الشّاةِ في غَير مَذبَحِها.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «أيُّما إهابٍ دُبغ فقد طَهُر، كالخَمر تُخلَّلُ فتَحِلُّ»، ويُروى: «كالخَمَر تَخلَّلُ -أي تَتخلَّلُ- فتَحِلُّ»(٢)، والرِّوايتان كالخبَرين، فيُعمَلُ بهما، وقولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «نِعمَ الإدامُ الخلُّ»(٣)، ولم يَفصِل، وقولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «خيرُ خلِّكم خلُّ خمرِكم»(٤).

ولأن التَّخليلَ إصلاحٌ لجوهَرٍ فاسِدٍ، فكان حَلالًا، كدَبغ الجِلدِ؛ وهذا لأنه إزالةٌ

---

(١) أي في قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَـٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَـٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠].

(٢) روى الطبراني (٢٣/ ٣٦٠) عن أم سلمة قالت: كانت لنا شاة نحلبها، ففقدها رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: «ما فعلت شاتكم؟»، قالوا: ماتت، قال: «ما فعلتم بإهابها؟»، قالوا: يا رسول الله ألقيناه، قال: «أفلا انتفعتم به؟ فإن دباغها ذكاتها، يحل كما يحل الخل من الخمر». ورواه في «الأوسط» (٤١٧) بلفظ: «يحلها دباغها، كما يحل خل الخمر»، وفي (٩٣٩٠) بلفظ: «إن دباغها يحلها، كما يحل الخل الخمر».

ورواه الدارقطني (١٢٥) بلفظ: «إن دباغها يحل كما يحل خل الخمر».

وذكر السرخسي هذين الحديثين بلفظ المصنف هنا في «المبسوط» ٢٤/ ٢٣.

(٣) رواه مسلم (٢٠٥١).

(٤) رواه البيهقي في (١١٢٠٣)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٣١١.

لِصفة الإسكارِ والخَمريّةِ، وإثباتُ صِفةِ الصَّلاحِ من حيث تَسكينُ الصَّفراءِ، وكسرُ الشَّهوةِ، والتَّغذِّي به، والإصلاحُ مُباحٌ بالإجماع، كالدِّباغ.

وكذا الصّالحُ للمَصالِح مُباحٌ، كما لو تَخلَّل بنفسه، والاقتِرابُ لإبطال صِفةِ الخَمريّةِ، فكان نَظيرَ الاقتِرابِ للإراقة.

فإن قِيل: هي نَجِسُ العَينِ، فيَحرُمُ التَّصرُّفُ فيها قِياسًا على الْمَيْتة والبولِ والدَّمِ.

قُلنا: ليس كذلك؛ فذاتُها ذاتُ العَصيرِ، وهو طاهِرٌ قبلَ التَّخمُّرِ، والنَّجاسةُ باعتِبار الشِّدّةِ وما هي بعَينها، بل هي وصفُها، وهو يَقبلُ الزَّوال، كالصِّبا في الصَّبيّ.

وأما[1] قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا تَتَّخِذوا الخمرَ خلًّا»[2]: فمَعناه لا تَستعمِلوا الخمرَ استِعمالَ الخلِّ، أي لا تَضَعوها على الْمَوائِد كما يُوضَعُ الخلُّ.

وإذا صارت الخمرُ خلًّا يَطهُرُ ما يُوازِيها من الإناء تَبعًا للخلّ، فأما أَعلاه -وهو الذي انتَقَص منه الخمرُ قبلَ صَيرورتِه خلًّا- قِيل: يَطهُرُ تبعًا، وقِيل: لا يَطهُرُ؛ لأنه خمرٌ يابِسٌ، إلا إذا غُسِل أَعلاه بالخلّ، فيَتخلَّلُ من ساعته، فيَطهُرُ.

وكذا إذا صُبَّ منه[3] الخمرُ، ثم مُلِئ خلًّا: يَطهُرُ في الحال، كذا قالوا.

وكُرِه شُربُ دُرْدِيِّ[4] الخمرِ، والامتِشاطُ به، ولا يُحَدُّ شارِبُه(ف) بلا سُكرٍ.

وكُرِه شُربُ دُرديِّ الخمرِ، والامتِشاطُ به، والانتِفاعُ به؛ لأن دُرديَّ كلِّ شيءٍ بمَنزِلة صافِيه، والانتِفاعُ بالخَمر حَرامٌ، فكذا بدُرديِّه؛ وهذا لأن في الدُّرديِّ أجزاءَ الخمرِ، ولو

---

(١) في (هـ): ولنا.

(٢) روى مسلم (١٩٨٣) عن أنس: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سئل عن الخمر تتخذ خلاً، فقال: «لا».

(٣) كذا في (أ) و(ج) ونسخة في (ز)، وفي الباقي: فيه.

(٤) دردي الزيت وغيره: ما يبقى في أسفله. «المختار» ص١٠٣.

وَقَع قَطرةٌ من خمرٍ في ماءٍ لم يَجُز شُربُه والانتِفاعُ به، فالدُّرديُّ أَولى.

وأما الامتِشاطُ: فلأنه شيءٌ يَصنَعُه بعضُ النِّساءِ؛ لأنه يَزيدُ في بَريق الشَّعرِ، وقد صَحَّ عن عائِشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهَا أنها كانت تَنهى النِّساءَ عن ذلك أشدَّ النَّهيِ(١).

وكذا لا يَجوزُ أن يُداويَ به جُرحًا في بَدَنه، أو يُداويَ به دَبَرةَ دابَّتِه؛ لأنه نوعُ انتِفاعٍ بالخَمر، والانتِفاعُ بالخَمر مُحرَّمٌ شرعًا من كلِّ وجهٍ.

وكذا لا يَحِلُّ أن يَسقيَ ذِمِّيًّا أو صبيًّا للتَّداوي؛ لأن اللهَ تَعالى لم يَجعَل في رِجسٍ شِفاءً، والإثمُ على من سَقاه؛ لأن الصَّبيَّ غيرُ مُخاطَبٍ، والإثمُ يُبتنى على الخِطاب.

وكذا لا يَسقِيها الدَّوابَّ؛ لأنه نوعُ انتِفاعٍ بالخَمر، واقتِرابٍ على قَصد التَّموُّلِ، وقِيل: لا تُحمَلُ إلى الدَّوابّ، أما إذا قِيدت إلى الخَمر: فلا بأسَ به، كما لا تُحمَلُ المَيْتةُ إلى الكَلب، ولو قِيدَ الكلبُ إلى الْمَيْتة يَجوزُ، وكذا الفَأرةُ لا تُحمَلُ إلى الهِرّة، ولكن الهِرّةُ تُحمَلُ إلى الفَأرة؛ كيلا يَصيرَ حامِلًا للنَّجاسة بلا ضَرورةٍ(٢).

---

(١) روى ابن ابي شيبة (٢٤٠٧٥) عن أبي السفر عن امرأته: أن عائشة سئلت عن المرأة تمتشط بالعسلة فيها الخمر، فنهت عن ذلك أشد النهي.

وروى الحاكم (٧٧٨٤) عن عبيد بن أبي سوية أنه سمع سبيعة الأسلمية تقول: دخل على عائشة نسوة من أهل الشام، فقالت عائشة: ممن أنتن؟ فقلن: من أهل حمص، فقالت: صواحب الحمامات؟ فقلن: نعم، قالت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنهَا: سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «الحمام حرام على نساء أمتي»، فقالت امرأة منهن: فلي بنات أمشطهن بهذا الشراب، قالت: بأي الشراب؟ فقالت: الخمر، فقالت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنهَا: أفكنت طيبة النفس أن تمتشطي بدم خنزير؟ قالت: لا، قالت: فإنه مثله.

وروى البيهقي في «الشعب» (٥٢٣٦) عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أنها كانت تنهى النساء أن يمتشطن بالخمر.

(٢) في (ب) و(هـ): بالضرورة.

ولو أَلقى الدُّرديَّ في الخلِّ فلا بأس به؛ لأنه يَصيرُ خلًّا، فطبعُ الخمرِ أن تَصيرَ خلًّا إن تُرِكت كذلك، فإذا غَلَب عليها الخلُّ أَولى أن تَصيرَ خلًّا، ولكن يُباحُ حملُ الخلِّ إليه لا عكسُه؛ لِما بيَّنّا.

ولا يُحَدُّ شارِبُ الدُّرديِّ إن لم يَسكَر.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُحَدُّ؛ لأن الحدَّ يَجِبُ بشُرب قَطرةٍ من الخَمر، وفي الدُّرديِّ قَطَراتٌ من الخَمر.

ولنا: أن وُجوبَ الحدِّ للزَّجر، وشرعُ الزّاجرِ فيما تَميلُ إليه الطِّباعُ، والطِّباعُ لا تَميلُ إلى شُرب الدُّرديِّ، بل من يَعتادُ شُربَ الخمرِ يَعافُ الدُّرديَّ، وقَليلُه لا يَدعو إلى كَثيره، بخِلاف الخمرِ، فصار كغَير الخمرِ من الأشرِبة، ولا حدَّ فيها إلا بالسُّكر.

ولأن الغالِبَ على الدُّرديِّ الثُّفلُ، ولو كان الغالِبُ هو الماءَ لم يُحَدَّ بشُربه، فكذا إذا كان الغالِبُ ثُفلَ العِنَبِ.

ويُكرَهُ الاحتِقانُ بالخَمر، وإقطارُها في الإِحليل؛ لأنه انتِفاعٌ بالْمُحرَّم، وهو حَرامٌ، ولا حدَّ عليه؛ لأنه مُتعلِّقٌ بالشُّرب بالحَديث[1]، ولم يُوجَد، ولأنه للزَّجر، والطَّبعُ لا يَميلُ إليه.

ولو جُعِل الخمرُ في مَرَقةٍ، ثم طُبِخت: لا تُؤكَلُ؛ لأنها تَنجَّست بها، والطَّبخُ في الخَمر لا يُحِلُّها، ولا يُغيِّرُ الحُكمَ الثّابتَ فيها، كما لو طَبَخها في غَير المرَقةِ.

ولا حدَّ فيه ما لم يَسكَر منه؛ لأنه مَطبوخٌ، ولأن الغالِبَ عليها غيرُ الخمرِ، والْمُعتبَرُ هو الغالِبُ في حُكم الحدِّ.

---

(١) كحديث: «من شرب الخمر فاجلدوه»، وقد تقدم.

ولو عُجِن الدَّقيقُ بالخمر وخُبِز: كُرِه أكلُه؛ لأن الدَّقيقَ تَنجَّس بالخَمر، والعَجينُ النَّجِسُ لا يَطهُرُ بالخَبز، فلا يَحِلُّ أكلُه.

وطَهُر (ف س م) لَبَنُ الْمَيْتةِ وإنفَحتُها(س م ف)(1).

لبَنُ الميْتةِ أو إنفحَتُها طاهِرٌ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، مائِعةً كانت أو جامِدةً.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: نَجِسٌ، جامِدةً كانت أو مائِعةً.

وعندَهما: إن كانت جامِدةً فهي طاهِرةٌ، وتُؤكَلُ إذا غُسِلت، وإن كانت مائِعةً فهي نَجِسةٌ؛ لأنها في وِعاءٍ نَجِسٍ؛ لتَنجُّسه بالْمَوت، فيَنجُسُ ظاهِرُه إن كان جامِدًا، وكلُّه إن كان مائِعًا، كما لو وَقَع في وِعاءٍ نَجِسٍ بعدَ الخُروجِ.

والشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ نَجَّس كلَّه؛ لِما عُرِف من مَذهَبه في العَظم والعصَبِ والأجزاءِ التي لا حَياةَ فيها.

وله: أن وِعاءَه ليس بنَجِسٍ؛ لأنه عصَبٌ، ويَخرُجُ من عصَبٍ، وعصَبُ الميْتةِ طاهِرٌ.

والبَيضةُ التي تَخرُجُ من دَجاجةٍ ميْتةٍ.. إن كانت جامِدةً: فطاهِرةٌ عندَنا(2)، وإن كانت مائِعةً: فعلى الاختِلاف، فهي كالإنفَحة.

---

(1) الإنفحة -بكسر الهمزة وفتح الفاء المخففة-: كَرِش الحمل أو الجدي ما لم يأكل، فإذا أكل فهو كَرِش. «لغة الفقهاء» ص93.

(2) سقطت من (أ) و(ج).

فَصْلٌ فِي طَبْخِ العَصِيرِ

الأصلُ: أن ما ذَهَب بغلَيانه بالنّار وقذفِه بالزَّبَد يُجعَلُ كأن لم يكن، ويُعتبَرُ ذَهابُ ثُلُثَي ما بَقِي ليَحِلَّ الثُّلُثُ الباقِي.

مِثالُه: عشَرةُ دَوارِقَ[1] من عَصيرٍ صُبَّ في قِدْرٍ، ثم طُبِخ، فذَهَب دَورَقٌ بالزَّبَد: فإنه يُطبَخُ الباقِي حتى يَبقى ثَلاثةُ دَوارِقَ، فيَحِلُّ؛ لأن ما أَخَذه من الزَّبَد انتَقَص من أَصل العَصيرِ، فيَسقُطُ اعتِبارُه في الحِساب، فظَهَر أن الباقِيَ تِسعةُ دَوارِقَ، فإنما يَصيرُ[2] مُثلَّثًا إذا طُبِخ حتى يَذهَبَ ثُلُثاه ويَبقى ثُلُثُه، وهذا ثَلاثةُ دَوارِقَ.

وأصلٌ آخَرُ: أن العَصيرَ إذا صُبَّ عليه ماءٌ قبلَ الطَّبخِ، ثم طُبِخ بمائه.. إن كان الماءُ أسرَعَ ذَهابًا لرِقّته ولَطافتِه: يُطبَخُ الباقِي بعدَما ذَهَب مِقدارُ ما صُبَّ فيه من الماء حتى يَذهَبَ ثُلُثاه؛ لأن الماءَ يَذهَبُ أوَّلًا، ثم العَصيرُ، فلا بُدَّ من ذَهاب ثُلُثَي العَصيرِ، وإن كانا يَذهَبان معًا: يُغلى الجُملةُ حتى يَذهَبَ ثُلُثاها ويَبقى الثُّلُثُ، فيَحِلُّ؛ لأنه ذَهَب الثُّلُثان ماءً وعَصيرًا، والثُّلُثُ الباقِي ماءٌ وعَصيرٌ، فصار كما لو صُبَّ الماءُ فيه بعدَما ذَهَب من العَصير بالطَّبخ ثُلُثاه.

وبَيانُه: عشَرةُ دَوارِقَ من عَصيرٍ، وعِشرون دَورَقًا من الماء:

ففي الوَجه الأوَّلِ -وهو ما إذا كان الماءُ أسرَعَ ذَهابًا-: يُطبَخُ حتى يَبقى تُسعُ

---

(١) جمع دورق، وهو مكيال الشرب، فارسي معرب، وقد تقدم.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): يظهر.

الكلِّ، وهو ثَلاثةٌ وثُلُثٌ؛ لأنه ثُلُثُ العَصيرِ.

وفي الوَجه الثّاني -وهو ما إذا كانا يَذهَبان معًا-: يُطبَخُ حتى يَذهَبَ ثُلُثا الكلِّ.

والغليُ بدَفعةٍ ودَفَعاتٍ سَواءٌ إذا حَصَل قبلَ أن يَصيرَ مُحرَّمًا؛ لاشتِراكِ الكلِّ في المَقصود، وهو التَّغليظُ المُقلِّلُ لِمَيل الطَّبعِ المانِعُ من دُعاء القَليلِ إلى الكَثير.

ولو قُطِع عنه النّارُ، فغَلى حتى ذَهبَ الثُّلُثان: حَلَّ؛ لأنه أثَرُ النّارِ.

وأصلٌ آخَرُ: أن العَصيرَ إذا طَبَخ فذَهَب بعضُه، ثم أُريق بعضُه.. كم[1] يُطبَخُ الباقِي حتى يَذهَبَ الثُّلُثان؟ فالسَّبيلُ فيه: أن تَأخُذَ ثُلُثَ الكلِّ فتَضرِبَه فيما بَقِي بعدَما انصَبَّ منه، ثم تَقسِمَه على ما بَقِي بعدَما ذَهَب بالطَّبخ قبلَ أن يَنصَبَّ منه شيءٌ، فما خَرَج من القِسمة فهو حَلالٌ.

مِثالُه: عشَرةُ أرطالِ عَصيرٍ طُبِخ حتى ذَهَب رَطلٌ، ثم أُرِيق منه ثَلاثةُ أرطالٍ: تَأخُذُ ثُلُثَ العَصيرِ كلِّه ثَلاثةً وثُلُثًا، وتَضرِبُه فيما بَقِي بعدَما انصَبَّ منه، وهو سِتّةٌ، فيَكونُ عِشرين، ثم تَقسِمُ العِشرين على ما بَقِي بعدَما ذَهَب بالطَّبخ منه قبلَ أن يَنصبَّ منه شيءٌ، وذلك تِسعةٌ، وإذا قَسمتَ عِشرين على تِسعةٍ فكلُّ[2] جُزءٍ من ذلك اثنان وتُسْعان.

فعَرَفنا أن حَلالَ ما بَقِي منه رِطلان وتُسْعا رِطلٍ؛ وهذا لأن الرِّطلَ الذي ذَهَب بالطَّبخ ليس بذاهِبٍ حَقيقةً، بل هو قائِمٌ، ولكن تَداخَل أجزاؤه في أجزاء الباقِي، ولهذا يُغلَّظُ الباقِي، فيُراجَعُ أجزاءُ الرِّطلِ إلى أجزاء البقِيّةِ، وهو تِسعةُ أرطالٍ، فيَكونُ مع كلِّ رِطلٍ تُسْعُ رِطلٍ.

فإذا انصَبَّ منه ثَلاثةُ أرطالٍ فقد انصَبَّ ثَلاثةُ أرطالٍ وثَلاثةُ أتساعِ رِطلٍ، فيَكونُ

(١) في (هـ): لم.

(٢) في (ج) و(هـ) و(ز): فيخرج لكل.

الباقِي منه سِتّةُ أرطالٍ وسِتّةُ أتساعِ رِطلٍ، ولو كان هكذا حَقيقةً أليس أنه يُطبَخُ حتى يَبقى رِطلان وتُسْعا رِطلٍ، كذا هنا.

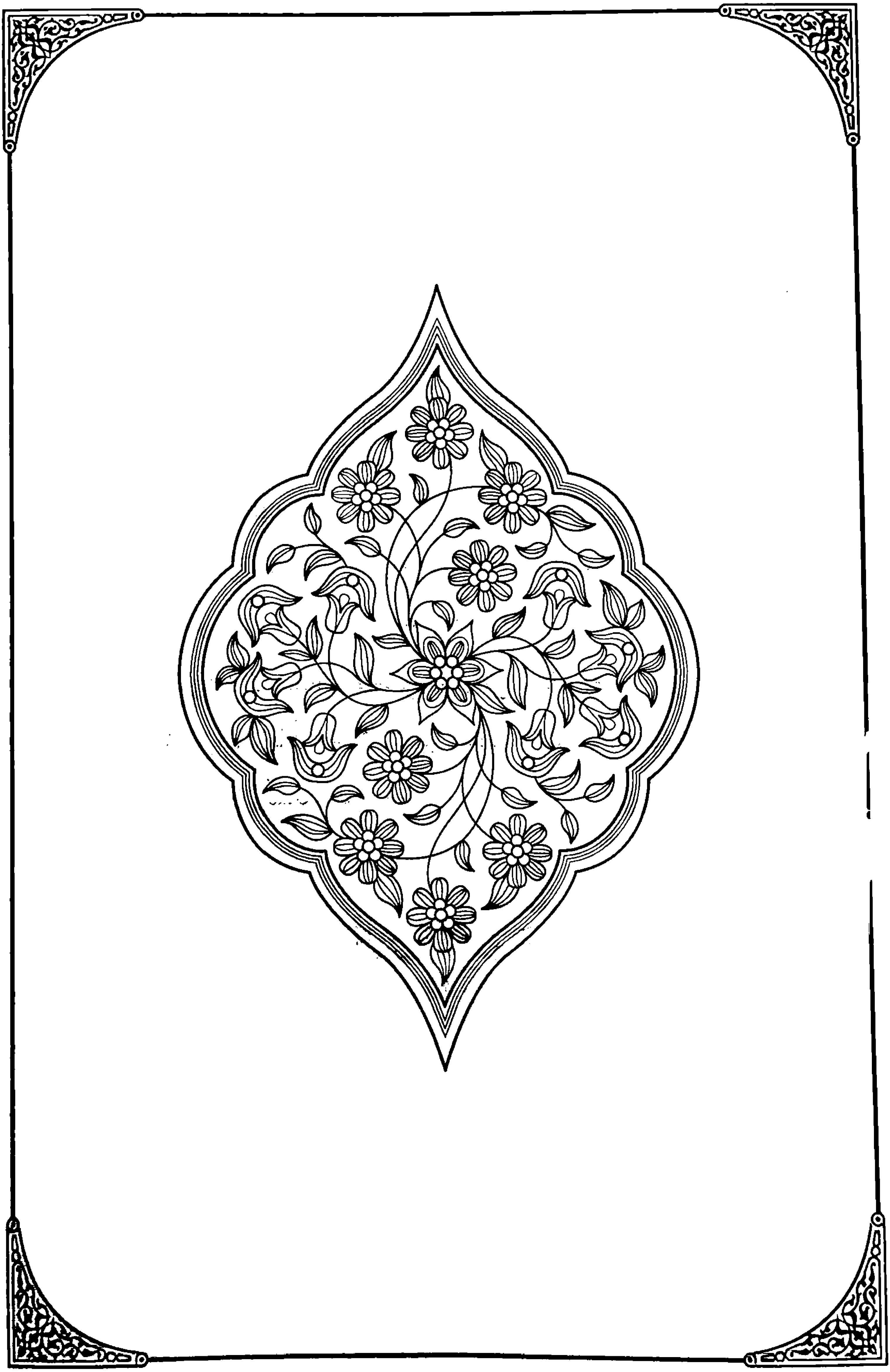
ووجهٌ آخرُ، وهو: أن الذي ذَهَب بالطَّبخ ذاهِبٌ من الحَرام؛ لأنه إنما يُطبَخُ ليَذهَبَ حَرامُه ويَبقى حَلالُه، فثُلُثا عشَرةِ أرطالٍ حَرامٌ، وهو سِتّةُ أرطالٍ، وثُلُثا رِطلٍ وثُلُثُه حَلالٌ، وهو ثَلاثةُ أرطالٍ وثُلُثُ رِطلٍ، والذّاهبُ بالطَّبخ -وهو رِطلٌ- ذاهِبٌ من الحَرام، والباقِي تِسعةُ أرطالٍ، والحَلالُ منها ثَلاثةُ أرطالٍ وثُلُثُ رِطلٍ، والحَرامُ خَمسةُ أرطالٍ وثُلُثا رِطلٍ، فإذا أُرِيق ثَلاثةٌ[1] فهذا من الحَلال والحَرامِ جَميعًا؛ لأنه لا تَعلُّقَ للذّاهِب حِسًّا بالحَلال أو بالحَرام، فكان الذّاهبُ منهما على السَّواء، فذَهَب من الحَلال ثُلُثُه، وهو رِطلٌ وتُسعُ رَطلٍ، فيَبقى ثُلُثاه رِطلان[2] وتُسْعا رِطلٍ.

وإن رُمتَ زِيادةَ الانكِشافِ: فاجعَل كلَّ رِطلٍ تِسعةً؛ لحَاجتنا إلى حِسابٍ له ثُلُثٌ ولثُلُثه ثُلُثٌ، فصارت أرطالُ الحَلالِ ثَلاثِين سهمًا، وقد أُرِيق ثُلُثُه، وهو عشَرةٌ، فيَبقى عِشرون، وهو رِطلان وتُسْعا رَطلٍ.

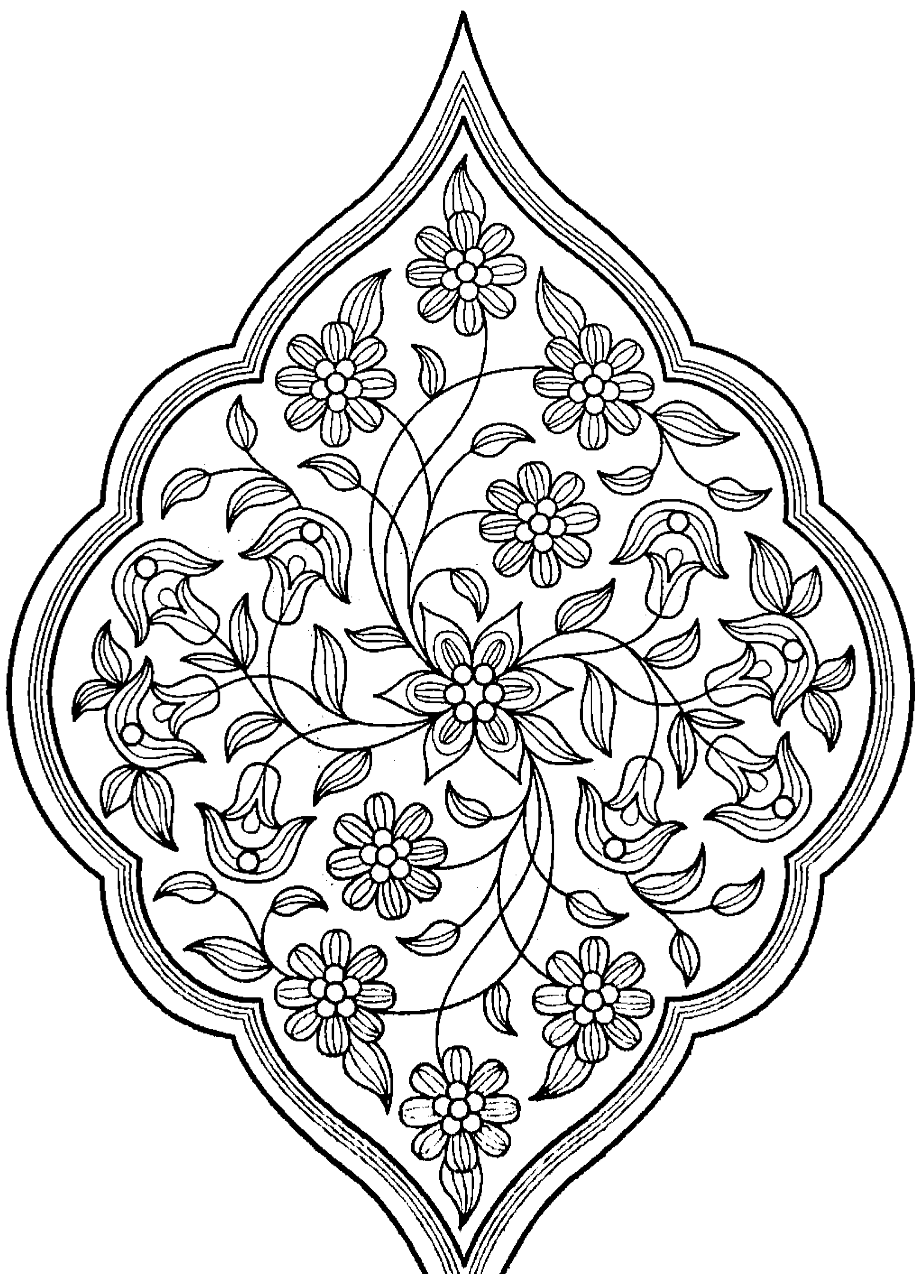
---

(١) في (ب) و(د): ثلثه.

(٢) في (ب): وهو رطلان.



كِتَابُ الصَّيْدِ



كِتَابُ الصَّيدِ

كِتابُ الصَّيدِ(١)

الصَّيدُ لُغةً: الاصطِيادُ، وقد يُسمّى الْمَصيدُ صَيدًا؛ تَسميةً بالْمَصدَر.

والاصطِيادُ مُباحٌ لغَير الْمُحرِمِ في غَير الحرَمِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟ۚ﴾ [المَائِدَة : ٢]، وأَدنى دَرَجاتِ الأمرِ الإباحةُ، وقولِه تَعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًاۗ﴾ [المَائِدَة : ٩٦]، وقولِه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الصَّيدُ لمن أخذ»(٢)، والإجماعِ.

ولأنه نوعُ اكتِسابٍ وانتِفاعٍ بما هو مَخلوقٌ لذلك، فكان مُباحًا، كالاحتِطاب؛ تَمكينًا للمُكلَّف من إقامة التَّكاليفِ.

وما يَحويه الكِتابُ فَصلان: أحَدُهما: في الصَّيد بالجَوارِح، كالكِلاب، والفُهودِ، والصُّقورِ، والبُزاةِ، والثّانِي: في الاصطِياد بالرَّمي.

---

(١) هو لُغةً: الاصطِياد، ويُطلَق على الْمَفعول، كصَيد الأميرِ، أي: مَصيودِه، وعلى كُلِّ حَيَوانٍ مُتوَحِّشٍ طَبعًا لا يُؤخذ إلا بحِيلة، فهو أعَمُّ من الْمَأكول والآدمي.

صَيدُ الْمُلوكِ أرانِبٌ وثَعالِبٌ ... وإذا رَكِبتُ فصَيدِيَ الأبطالُ

أي الشُّجعانُ، ولم يُنَصّ عليه شرعًا. «الدر المنتقى» ٥/ ٤٣-٤٤.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣١٨: غريب. انتهى، وذكره من أئمتنا السرخسي في «المبسوط» ١١/ ٢٢٠.

فصل في الجوارح

حلَّ بذِي نابٍ أو مِخلَبٍ من سَبُعٍ أو طَيرٍ مُعلَّمٍ[1].

يَجوزُ الاصطِيادُ بالكَلب الْمُعلَّمِ، والفهدِ، والبازيِّ، وسائِرِ الجَوارِحِ الْمُعلَّمةِ، كالشّاهِين، والباشِقِ، والصَّقرِ.

وفي «الجامعِ الصَّغيرِ»: وكلُّ شيءٍ عَلَّمته من ذي نابٍ من السِّباع أو ذي مِخلَبٍ من الطَّير فعَلِم[2]: فلا بأسَ بصَيده، وما سِوى هذا فلا خيرَ فيه، إلا أن تُدرِكَ ذَكاتَه فتُذكِّيَه.

يُريدُ به: إذا أخَذ كلبٌ غيرُ مُعلَّمٍ صيدًا فلا خيرَ فيه إذا قَتَله إلا أن تُدرَكَ ذَكاتُه.

اعلَم أن حِلَّ التَّناوُلِ بالاصطِياد مُختصٌّ بشَرائِطَ:

منها: أن يَكونَ الصّائدُ من أَهل الذَّكاةِ، وذا بأن يَعقِلَ الذَّبحَ والتَّسميةَ، حتى لا يُؤكَلُ صَيدُ الصَّبيِّ والْمَجنونِ إذا لم يَعقِلا الذَّبحَ والتَّسميةَ.

وأن يَكونَ له مِلّةُ التَّوحيدِ[3] دَعوى واعتِقادًا، كالْمُسلِم، أو دَعوى لا اعتِقادًا، كالكِتابيِّ، كما مَرَّ في الذَّبائِح.

وأن يَكونَ ما يُصطادُ به مُعلَّمًا.

---

(١) الكلب المعلم: هو الذي يعلمه الصائد كيف يصطاد. «المستعذب» ١/ ٢٣١.

(٢) في (د) و(هـ): معلم، وفي (ز): فمعلم. وهذه الكلمة غير موجودة في هذا النص من نسخة «الجامع الصغير» ص٥٣٣ المتداولة، ولا كذلك في «الهداية» ٤/ ٤٠١.

(٣) في (ب) و(د) و(هـ): الإسلام.

وأن يكونَ جارِحًا؛ لقوله تعالى: ﴿مَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤]، أي وصَيدُ ما عَلَّمتم من الجَوارِح، وهو عطفٌ على الطَّيِّبات، أي أُحِلَّ لكم الطَّيِّباتُ وصيدُ ما عَلَّمتُم.

وفي مَعنى الجَوارِح قَولان:

أحَدُهما: أن يَكونَ جارِحًا حَقيقةً بنابه أو بمِخلَبه، فيكونُ من الجَرح بمَعنى الجِراحةِ.

والثّاني: الكَواسِبُ؛ لقَوله[1] تَعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِٱلنَّهَارِ﴾ [الأنعام: ٦٠]، أي كَسَبتُم.

ويُمكِنُ حملُه عليهما، فيُشترَطُ أن يَكونَ من الكَواسِب التي تَجرَحُ، ليُعمَلَ بالجَرح بيَقينٍ.

والمُكلِّبُ: مُعلِّمُ الكِلابِ ومُؤدِّبُها، ثم عَمَّ في كلِّ من أدَّب جارِحةً، بَهيمةً كانت أو طائرًا.

ومَعنى قولِه: ﴿مُكَلِّبِينَ﴾: مُعلِّمين إيّاها الصَّيدَ، ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ﴾: تُؤدِّبونهن لطَلَب الصَّيدِ، و ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ﴾ حالٌ ثانِيةٌ أو استِئنافٌ، ﴿مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ﴾ من عِلم التَّكليبِ.

والسِّباعُ كلُّها جَوارِحُ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه استَثنى من ذلك الأسدَ والدُّبَّ؛ لأنهما لا يَتعلَّمان ولا يَعمَلان لغَيرهما، أما الأسدُ: فلعُلُوِّ هِمّتِه، وأما الدُّبُّ: فلخَساسته.

وألحَق بعضُهم الحِدَأةَ بهما؛ لخَساسته[2].

وأما الخِنزيرُ: فلا يَجوزُ الاصطِيادُ به؛ لأنه نَجِسُ العَينِ، فكان الانتِفاعُ به مُحرَّمًا.

فالكلبُ: بتَركِ أكلِه ثَلاثًا(ح)، والبازِيُّ[3]: برُجوعه إن دَعاه.

---

(١) في (ب): كقوله.

(٢) في (هـ): لخساستها.

(٣) البازي: جنس من الصقور الصغيرة أو المتوسطة الحجم، تميل أجنحتها إلى القصر، وتميل=

وتَعليمُ الكلبِ: أن يَترُكَ الأكلَ ثلاثَ مرّاتٍ.

وتَعليمُ البازيِّ: أن يَرجِعَ ويُجيبَ إذا دَعوتَه، كذا رُوِيَ عن ابن عبّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا[1].

ولأن بدَنَ الكلبِ يَحتمِلُ الضَّربَ، فيُمكِنُ أن يُضرَبَ حتى يَدَعَ الأكلَ، وبدَنُ البازيِّ لا يَحتمِلُ الضَّربَ، فتَعذَّر تَحقيقُ هذا الشَّرطِ فيه، فأُقِيم مُقامَه ما يَدُلُّ عليه، وهو الإجابةُ عندَ الدُّعاءِ.

ولأن الكلبَ ألوفٌ، وعَلامةُ عِلمِه: أن يَأتيَ بما يُخالِفُ طبعَه، وإجابتُه صاحِبَه إذا دَعاه غيرُ مُخالِفٍ لطَبعه، فلا يَكونُ ذلك عَلامةَ عِلمِه، بل عَلامةُ عِلمِه تركُ الأكلِ مع حاجتِه إليه؛ لأن الافتِراسَ للتَّناوُل طبعُ الكِلابِ والسِّباعِ، والتَّعليمُ تَبديلُ الطَّبعِ بالنَّقل إلى غَيره؛ ليَصيرَ اكتِسابًا بعدَ أن كان انتِهابًا، وذا في تَركِ الأكلِ؛ ليَتبدَّلَ ما هو مَقصودٌ في طَبعه بضِدِّه، والبازِيُّ مُتنفِّرٌ بطَبعه، فإجابتُه صاحِبَه إذا دَعاه خِلافُ طبعِه، فيَكونُ ذلك عَلامةَ عِلمِه دونَ تركِ الأكلِ.

ولكن هذا الفرقُ لا يَتأتّى في الفَهد؛ فإنه مُتنفِّرٌ، كالبازِيّ، والحُكمُ فيه وفي الكَلب[2] سَواءٌ، **فالمُعتمَدُ**[3] هو الأوَّلُ.

= أرجلها وأذنابها إلى الطول. «المعجم الوسيط» ١/ ٥٥.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣١٤: غريب، وفي البخاري (معلقًا ٧/ ٨٧): وقال ابن عباس: إن أكل الكلب فقد أفسده، إنما أمسك على نفسه، والله تعالى يقول: ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ﴾ فيضرب ويعلم، حتى يَترُكَ. انتهى.

وروى ابن جرير الطبري في «تفسيره» (٨/ ١١٣) عن ابن عباس أنه قال في الطير: إذا أرسلته فقتل فكل، فإن الكلب إذا ضربته لم يعد، فإن تعليم الطير أن يرجع إلى صاحبه، وليس يضرب، فإذا أكل من الصيد ونتف الريش فكل. انتهى.

(٢) في (د): البازي.

(٣) في (ج): فالمعتبر.

وشُرِط تركُ الأكلِ ثَلاثًا، وهذا عندَ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأن المُعلَّمَ يُمسِكُ الصَّيدَ على صاحِبه، وتركُه الأكلَ مُحتمِلٌ، قد يَكونُ للشِّبَع، وقد يَكونُ للإمساك على صاحِبه، فإذا تَرَكَ الأكلَ مِرارًا عُلِم أنه مُعلَّمٌ يُمسِكُه على صاحِبه.

وإنما قُدِّر بالثَّلاث: لأنه حسَنٌ للاختِبار، كما في قِصَّة الأخيارِ؛ ألا تَرى إلى قَول صاحِبِ مُوسى عليهما الصَّلاةُ والسَّلامُ في الثَّالِثة: ﴿هَٰذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَۚ﴾ [الكَهف: ٧٨]، وقولِه تَعالى: ﴿ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًاۗ﴾ [آل عِمْرَان: ٤١]، وتَقديرِ مُدّةِ الخِيارِ، وإمهالِ الْمُرتدِّ والْمُتحجِّرِ.

وقال عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «إذا استَأذَن أحَدُكم ثَلاثًا فلم يُؤذَن له فلْيَرجِع»[1]، وقال عمرُ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: إذا لم يَربَح أحَدُكم في تِجارةٍ ثَلاثَ مرّاتٍ فلْيَتحوَّل إلى غَيرها[2].

ولأن الكَثيرَ يَكونُ أمارةً على العِلم لا القَليلُ، والكَثرةُ إنما تَثبُتُ بالجَمع، والثَّلاثُ أقَلُّه، فقُدِّر به.

وأما أبو حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ: فلم يُوقِّت فيه وقتًا، ولكنه فَوَّض إلى اجتِهاد صاحِبِه، فإن كان أكبَرُ رأيِه أنه صار مُعلَّمًا فهو مُعلَّمٌ؛ لأن نصْبَ الْمَقاديرِ لا يَكونُ بالرَّأي؛ إذ لا مَدخَلَ للقِياس في مَعرِفته، فيُفوَّضُ إلى رَأي الْمُبتلى به؛ لِما عُرِف من أَصله في جِنس هذه الْمَسائلِ.

وعلى الرِّواية التي قَدَّر أبو حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ بالثَّلاث: يُؤكَلُ الصَّيدُ الثّالثُ عندَه،

---

(١) رواه البخاري (٦٢٤٥)، ومسلم (٢١٥٣).

(٢) رواه ابن أبي الدنيا في «إصلاح المال» (٢٣٤)، والدينوري في «المجالسة وجواهر العلم» (٢٥١٣)، واللفظ عندهما: من اتجر في شيء ثلاث مرات فلم يصب فيه فليتحول إلى غيره.

وعندَهما: لا يُؤكَلُ الثّالثُ؛ لأنه إنما حَكَم بكَونه مُعلَّمًا حينَ تَرَكَ الأكلَ من الثّالِث، فكان الثّالثُ صيدَ كلبٍ غيرِ مُعلَّمٍ، فيَحرُمُ، كالتَّصرُّف الْمُباشِرِ في سُكوت الْمَولى، فإنه لا يَنفُذُ؛ لأن به يَحصُلُ الإذنُ.

وله: أن الحُكمَ بكَونه مُعلَّمًا عندَ إمساكِ الثّالثِ على صاحِبه، وقد أمسَكه على صاحِبه بعدَ إرسالِ صاحِبِه، فكان حينئذٍ صيدَ كلبٍ مُعلَّمٍ، فيَحِلُّ التَّناوُلُ منه، كالرّابع، بخِلاف ما ذَكَرا؛ لأن الإذنَ إعلامٌ، فلا يَكونُ بغَير عِلمِ العبدِ، وذا بعدَ مُباشَرتِه وسُكوتِ سيِّدِه.

إن أرسَل، وذَكَر اسمَ اللهِ عندَه، فجَرَح.

وأن يُرسِلَه، وأن يُسمِّيَ عندَه، حتى إذا أرسَل كلبَه الْمُعلَّمَ أو بازِيَّه، وذَكَر اسمَ اللهِ تَعالى عندَ إرسالِه، فأخَذ الصَّيدَ وجَرَحه، فمات: حَلَّ أكلُه.

والأصلُ فيه: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ لعَدِيِّ بنِ حاتِمٍ: «إذا أرسَلتَ كلبَك الْمُعلَّمَ وذَكَرتَ اسمَ اللهِ عليه فكُلْ، وإن أكَل منه فلا تَأكُل؛ لأنه إنما أمسَكه على نَفسه[1] وإن شارَكَ كلبَكَ كلبٌ آخرُ فلا تَأكُل؛ فإنك إنما سَمَّيتَ على كَلبك ولم تُسَمِّ على كَلب غيرِك»[2].

(١) قوله: (لأنه إنما أمسكه على نفسه) مثبت من (ب) و(د).

(٢) روى البخاري (١٧٥) ومسلم (١٩٢٩) واللفظ للأول: عن عدي بن حاتم قال: سألت النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «إذا أرسلت كلبك المعلم فقتل فكل، وإذا أكل فلا تأكل، فإنما أمسكه على نفسه». قلت: أرسل كلبي فأجد معه كلبًا آخر؟ قال: «فلا تأكل، فإنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب آخر». وروى البخاري (٥٤٧٦) ومسلم (١٩٢٩) عن عدي بن حاتم رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: سألت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن المعراض فقال: «إذا أصبت بحده فكل، فإذا أصاب بعرضه فقتل فإنه وقيذ فلا تأكل»، فقلت: أرسل كلبي؟ قال: «إذا أرسلت كلبك وسميت فكل»، قلت: فإن أكل؟ قال: «فلا تأكل، فإنه لم=

ولأن التَّذكيةَ إنما تكونُ مُوجِبةً للحِلِّ إذا حَصَلت من الآدَميّ، فلا بُدَّ من جَعل آلةِ الصَّيدِ نائِبةً[(١)] عن الآدَميِّ ليَحصُلَ الحِلُّ بفِعله، وذا[(٢)] لا يَكونُ إلا بالإرسال.

واشتِراطُ كونِه مُعلَّمًا لتَحقيق الإرسالِ، فنَزَّل مَنزِلةَ الرَّمي وإمرار السِّكِّينِ، فلا بُدَّ من التَّسمِية عندَه، يُؤيِّدُه قولُه تَعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المَائدة: ٤]، والأمرُ للوُجوب، ولا وُجوبَ عندَ الأكلِ، فدَلَّ أن المُرادَ به: عندَ الإرسالِ.

ولو تَرَكَ التَّسميةَ ناسِيًا: حَلّ؛ لِما مَرَّ في الذَّبائِح.

ولا بُدَّ من الجَرح في ظاهِر الرِّوايةِ ليَتحقَّقَ الذَّكاةُ الاضطِراريُّ، وهو الجَرحُ في أيِّ مَوضِعٍ كان من البَدَن، وقد مَرَّ من قبلُ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يُشترَطُ، فأوَّلَ الجارِحَ بالكاسِب.

فإن أكَل البازِيُّ أُكِل، وإن أكَل الكلبُ أو الفهدُ: لا[(ف ك)].

وأن يُمسِكَه على صاحِبه، حتى لو أكَل منه الكلبُ أو الفهدُ حَرُم أكلُه.

وقال مالِكٌ رَحِمةُ اللهِ عليه والشّافعيُّ في القَديم: لا يَحرُمُ؛ اعتِبارًا بالبازِيّ، فإنه لو أكَل منه البازِيُّ لا يَحرُمُ.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المَائدة: ٤]، وحينَ أكَل منه تبيَّن أنه أمسَكه على نَفسه لا على صاحِبه، وإليه أشار النَّبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ في قَوله لعَدِيٍّ:

= يمسك عليك، إنما أمسك على نفسه»، قلت: أرسل كلبي فأجد معه كلبًا آخر؟ قال: «لا تأكل، فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على آخر».

(١) في (ب) و(هـ): ثابتة.

(٢) في (ج) وذا فيهما، وفي (هـ): وذا فيما، وفي (ز): وذا فيها. وانظر «المبسوط» ١١/ ٢٢٢.

«وإن[1] أَكَل منه فلا تأكُل؛ فإنما أمسَكه على نَفسه»[2].

وكان القِياسُ في البازِيِّ كذلك، وهو أحدُ قَولَي الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، ولكنّا تَركناه بأثَر ابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[3].

ولأن البازِيَّ لا يُمكِنُ تَعليمُه بتَرك الأكلِ؛ لأنه لا يَحتمِلُ الضَّربَ، فاكتُفِي بالإِجابة إذا دَعاه، بخِلاف الكلبِ.

وحَرُم ما صاده قبلَه(س م).

ولو صاد صُيودًا ولم يَأكُل منها، ثم أكَل من صيدٍ: لا يُؤكَلُ هذا الصَّيدُ؛ لأن عَلامةَ العِلمِ فيه تركُ الأكلِ، فكان أكلُه عَلامةَ الجهلِ، ولا ما يَصيدُ بعدَه، حتى يَصيرُ مُعلَّمًا عندَه باجتِهاد الكِلابِ.

وعندَهما: بتَرك الأكلِ ثَلاثًا، كما مَرَّ في الابتِداء.

وأما الصُّيودُ التي أخَذها من قبلُ.. فما أكَل منها: فلا تَظهَرُ الحُرمةُ فيه؛ لعَدَم المحَلِّيّةِ.

وما ليس بمُحرَزٍ، بأن كان في الْمَفازة بعدُ: يَحرُمُ اتِّفاقًا، وما هو مُحرَزٌ في بَيته: يَحرُمُ عندَه، وعندَهما: لا يَحرُمُ.

لهما: أنّا حَكَمنا بالحِلِّ في الصُّيود الْمَاخوذةِ، وأكلُه من هذا الصَّيد مُحتمِلٌ، قد يَكونُ لفَرْط الجُوعِ مع كونِه مُعلَّمًا، وقد يَكونُ لإمساكه على نَفسه وكونِه غيرَ مُعلَّمٍ، وما صار مَحكومًا به لا يَجوزُ إبطالُه بالشَّكّ.

(١) في (ز): وإذا.

(٢) تقدم تخريجه آنفًا.

(٣) تقدم تخريجه.

ولا يُقالُ: قد حَكَمنا بكَونه جاهِلًا، حتى حَرَّمنا هذا الصَّيدَ الذي أكَل منه والذي أخَذه بعدَه.. ما لم يصر[1] مُعلَّمًا: لأنّا إنما حَكَمنا بذلك بنَوع اجتِهادٍ مع بَقاءِ الاحتِمالِ، والاجتِهادُ دَليلٌ يَصلُحُ للعَمَل به في الْمُستقبَل، وليس بدَليلٍ في نَقض ما أُمضِي بالاجتِهاد، والحِلُّ في الصُّيود الْمُحرَزةِ حُكمٌ أُمضِي بالاجتِهاد، بخِلاف غيرِ الْمُحرَزِ؛ لبَقائه صيدًا من وجهٍ بواسِطة عدَمِ الإحرازِ، فحَرُم احتياطًا.

وله: أنه آيةُ جهلِه في الابتِداء؛ لأن هذه حِرفةٌ في الكَلب، ولا يَنسى أصلَها، ويُحتمَلُ أن يَنسى دَقائِقَها بالتَّرك زَمانًا، كالخِياطة ونحوِها في الآدَميّ.

ولَمّا وَجَب الحُكمُ بكَونه جاهِلًا في الحال تَبيَّن أنه لم يكن مُعلَّمًا، وأنه إنما تَرَك الأكَلَ للشِّبَع، حتى لم يَترُك حينَ كان جائِعًا، وهذا الأكلُ وإن كان مُحتمِلًا.. ولكنه تَعيَّن أنه لكَونه غيرَ مُعلَّمٍ بدَليلٍ شَرعيٍّ، حيث حَرُم تَناوُلُ هذا الصَّيدِ، وتَبدَّل الاجتِهادُ قبلَ حُصولِ الْمَقصودِ؛ لأن الْمَقصودَ إنما يَحصُلُ بالأَكل، فصار كتَبدُّل اجتِهادِ القاضِي قبلَ القَضاءِ.

ولو فَرَّ صَقرٌ من صاحِبه، فمَكَث حينًا، ثم عاد فصاد: لا يُؤكَلُ صيدُه؛ لأنه تَرَك ما صار به عالِمًا، فحُكِم بجَهله، كالكَلب إذا أكَل من الصَّيد.

ولو شَرِب الكلبُ من دَم الصَّيدِ أُكِل؛ لأنه دَليلٌ على عِلمه، حيث أمسَك على صاحِبه ما يُريدُ صاحِبُه، وتَناوَل ما لا يُريدُه.

ولو أخَذ صاحِبُ الكلبِ الصَّيدَ منه، وأخَذ قِطعةً وألقاها إليه، فأكَلها: يُؤكَلُ ما بقي؛ لأنه قد أمسَك على صاحِبه حيث وَقَع التَّسليمُ إليه، فصار كما لو ألقى إليه طَعامًا آخرَ.

---

(١) في (ب) و(د): بعدها لم يصر. وانظر «المبسوط» ١١/ ٢٤٣.

وكذا إذا أخَذ الرَّجُلُ الصَّيدَ من الكَلب، ثم وَثَب عليه الكلبُ فأخَذه منه وأكَل؛ لِما بَيَّنّا، وصار كما لو افتَرَس شاتَه[1].

بخِلاف ما لو فَعَل ذلك قبل أن يُحرِزَه المالِكُ؛ لبَقاء جِهَةِ الصَّيديّةِ باعتِبار عدَمِ الإحرازِ.

وإن نَهَش[2] الكلبُ من الصَّيد قِطعةً في اتِّباعه إيّاه، فأكَلها، ثم اتَّبَعه فأخَذه وقَتَله، ولم يَأكُل منه: لم يَحِلَّ أكلُه؛ لأنه لَمّا أكَل القِطعةَ التي تَمكَّن منها عُلِم أنه غيرُ مُعلَّمٍ، وأن سعيَه لنَفسه لا للإمساك على صاحِبه، وإنما تَرَك الأكلَ مما بَقِي: لأنه شَبع بتَناوُل تلك القِطعةِ.

وإن أَلقى تلك القِطعةَ واتَّبَع الصَّيدَ، فأخَذه وقتَله، ولم يَأكُل منه حتى أخَذه صاحِبُه، ثم عاد فأكَل تلك القِطعةَ: يُؤكَلُ الصَّيدُ؛ لأنه أمسَك الصَّيدَ على صاحِبه حيث لم يَأكُل منه مع حاجتِه.

وتَناوُلُه تلك القِطعةَ بعدَ وُصولِ الصَّيدِ إلى يَد صاحِبِه كتَناوُله قِطعةً أَلقاها إليه صاحِبُه، بل ذلك دَليلُ حَذاقتِه حيث تَناوَل ما يَعلَمُ أن صاحِبَه لا يَرغَبُ فيه، فهو كما لو شَرِب من دَمه.

وإن أدرَك حيًّا: ذَكّى، وإن لم يُذكِّ، أو خَنَقه الكلبُ، ولم يَجرَحه، أو صَدَمه بجَبهته، أو شارَكه كلبٌ غيرُ مُعلَّمٍ، أو لم يَذكُر اسمَ اللهِ عليه، أو كلبُ مَجوسيٍّ، أو أرسَله مَجوسيٌّ، فزَجَره مُسلِمٌ، فانزَجَر: حَرُم.

وإن أدرَك الْمُرسِلُ الصَّيدَ حيًّا: وَجَب عليه أن يُذكِّيَه، وإن تَرَك تَذكِيتَه حتى مات

(١) في (د): شاة.

(٢) في (ج) و(د) و(ز): نهس.

حَرُم أكلُه.

وكذا البازيُّ والسَّهمُ؛ وهذا لأنه تَرَكَ ذَكاةَ الاختِيارِ مع القُدرةِ عليها.

وهذا إذا تَمكَّن من ذَبحه، أما إذا وَقَع في يَده ولم يَتمكَّن من ذَبحه، وفيه من الحَياة فوقَ ما يَكونُ في الْمَذبوح: لم يُؤكَل في ظاهِر الرِّوايةِ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه يَحِلُّ، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأن ذَكاةَ الاضطِرارِ بدَلٌ عن ذَكاة الاختِيارِ، وما لم يَقدِر على الأَصل لا يَسقُطُ حُكمُ البدَلِ.

وهنا لم يَقدِر على الأَصل، فصار كالْمُتيمِّم إذا وَجَد الماءَ وبينَه وبينَ الماءِ سَبُعٌ أو عدوٌّ.

وجهُ الظّاهرِ: أن ذَكاةَ الاضطِرارِ إنما تُعتبَرُ إذا لم يَقَع في يَده حيًّا، وهذا قد وَقَع في يَده حيًّا، فسَقَط اعتِبارُ ذَكاةِ الاضطِرارِ فيه، وصار كشاةٍ سَقَطت ولم يَتمكَّن من ذَبحها حتى ماتت.

بخِلاف ما لو بَقِي فيه من الحَياة مِثلُ ما يَبقى في الْمَذبوح؛ لأنه ميْتٌ حُكمًا، ولهذا لو وَقَع في الماء وهو بهذه الحالةِ لا يَحرُمُ، كما لو وَقَع وهو ميْتٌ، وإذا كان ميْتًا حُكمًا لا يَكونُ محَلًّا للذَّبح.

وقال بعضُ الْمَشايخِ: إن لم يَتمكَّن لفَقد الآلةِ لم يُؤكَل؛ لأن التَّقصيرَ من قِبَله حيث لم يَحمِل آلةَ الذَّكاةِ مع نفسِه، وإن لم يَتمكَّن لضِيق الوقتِ لم يُؤكَل عندَنا.

وقال الحسَنُ بنُ زِيادٍ ومحمدُ بنُ مُقاتِلٍ: يَحِلُّ استِحسانًا، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأنه لم يَقدِر على الأَصل لضِيق[1] الوقتِ، فبَقِيت ذَكاةُ الاضطِرارِ مُوجِبةً للحِلّ.

وبالاستِحسان أخَذ القاضِي فخرُ الدِّينِ خان رَحِمَهُٱللَّهُ.

---

(١) في (هـ): لسبق.

ولنا: أنه بالوُقوع في يَده لم يَبقَ صيدًا، فلم يُعتبَر حُكمُ ذَكاةِ الاضطِرارِ منه.

وهذا إذا كان يُتوهَّمُ بَقاؤُه حيًّا مع الجَرحِ الذي جَرَحه الكلبُ، أما إذا شَقَّ بطنَه وأخرَجَ ما فيه، ثم وَقَع في يَد صاحِبِه حيًّا، فمات: حَلَّ تناوُلُه؛ لأنه استَقرَّ فيه فِعلُ الذَّكاةِ قبلَ وُقوعِه في يَده، وما بَقِي فيه اضطِرابُ الْمَذبوحِ، فلا يُعتبَرُ، كمن ذَبَح شاةً، فاضطَرَبت ووَقَعت في الماء بعدَ قطعِ الأوداجِ والحُلقومِ: لم يَحرُم بذلك، كذا هذا.

وقِيل: هذا قولُ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، فأما عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ: فلا يَحِلُّ، وهو القِياسُ؛ لأنه وَقَع في يَده حيًّا، فلا يَحِلُّ بدُون ذَكاةِ الاختِيارِ، كالْمُتردِّية.

هذا الذي ذَكَرنا إذا تَرَك التَّذكيةَ، فلو ذَكّاه حَلَّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأنه إن كانت فيه حَياةٌ مُستقِرّةٌ: فالذَّكاةُ وَقَعت مَوقِعَها بالإجماع، وإن لم تكن فيه حَياةٌ مُستقِرّةٌ.. فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ: ذَكاتُه الذَّبحُ، وقد وُجِد، وعندَهما: حَلَّ بلا ذبحٍ.

وكذا الْمُتردِّيةُ والنَّطيحةُ والْمَوقوذةُ.

والذي بَقَر الذِّئبُ بطنَه وفيه حَياةٌ خفِيّةٌ أو بيِّنةٌ: يَحِلُّ إذا ذَكّاه، وعليه الفَتوى؛ لقَوله تَعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، استَثناه مُطلَقًا بلا فصلٍ، ولأن الْمَقصودَ تَسييلُ الدَّمِ النَّجِسِ بفِعل الذَّكاةِ، وقد حَصَل.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: إن كان بحالٍ لا يَعيشُ مِثلُه: لا يَحِلُّ؛ لأنه لم يكن موتُه مُضافًا إلى الذَّبح.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: إن كان يَعيشُ فوقَ ما يَعيشُ الْمَذبوحُ يَحِلُّ، وإلا لا؛ لأنه لا عِبرةَ لهذه الحَياةِ.

هذا إذا أدرَكه وأخَذه، فإن أدرَكه ولم يَأخُذه.. فإن كان وقتٌ لو أخَذه يُمكِنُه ذبحُه: حَرُم؛ لأنه صار في حُكم الْمَقدورِ عليه، وإن كان لا يُمكِنُه ذبحُه: حَلّ؛ لعَدَم ثُبوتِ اليدِ

والتَّمكُّنِ من الذَّبح، وإن أدركه فذكّاه: حَلّ؛ لِما بيَّنّا.

ولو أرسَل كلبَه على صيدٍ كثيرٍ، وسَمّى مرّةً واحِدةً حالةَ الإرسالِ، فقتَل الكلَّ: حَلّ بالتَّسمِية الواحِدةِ؛ لأن الذَّبحَ يَقعُ بالإرسال على ما مَرّ، حتى تُشترَطُ التَّسميةُ عندَه، والفِعلُ واحِدٌ، فكَفَتْه تَسميةٌ واحِدةٌ.

بخِلاف ما لو ذَبَح الشّاتين بتَسميةٍ واحِدةٍ؛ لأن الثّانيَ يَصيرُ مَذبوحًا بفِعلٍ آخرَ، فلا بُدَّ من تَسميةٍ أُخرى، حتى لو أضجَع إِحداهما فوقَ الأُخرى، فذَبَحهما مرّةً واحِدةً: حلَّتا بتَسميةٍ واحِدةٍ.

ومن أرسَل فهدًا، فكَمَن الفهدُ حتى استَمكَن من الصَّيد، ثم وَثَب عليه فقتَله: أُكِل؛ لأنه به تَحقَّق ما قَصَده من الإرسال، فلا يَنقطِعُ به فورُ الإرسالِ، وكذا الكلبُ إذا فَعَل ذلك فهو بمَنزِلة الفهدِ.

وقال شمسُ الأئمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ناقِلًا عن شَيخه: للفَهد خِصالٌ يَنبغي لكلِّ عاقِلٍ أن يَأخُذَ ذلك منه:

منها: أنه يَكمُنُ للصَّيد حتى يَستمكِنَ منه، وهذه حِيلةٌ منه للصَّيد، فيَنبَغي للعاقِل أن لا يُجاهِرَ بالخِلاف في عَدُوِّه، ولكن يَطلُبُ الفُرصةَ حتى يُحصِّلَ مَقصودَه من غير إتعابِ نفسِه.

ومنها: أنه لا يَتعلَّمُ بالضَّرب، ولكن يُضرَبُ الكلبُ بينَ يَدَيه إذا أكَل من الصَّيد، فيَتعلَّمُ بذلك، وهكذا يَنبَغي للعاقِل أن يَتَّعِظَ بغَيره، كما قِيل: السَّعيدُ من وُعِظ بغَيره.

ومنها: أنه لا يَتناوَلُ الخَبيثَ، وإنما يَطلُبُ من صاحِبه اللَّحمَ الطَّيِّبَ، وهكذا يَنبَغي للعاقِل أن لا يَتناوَلَ إلا الطَّيِّبَ.

ومنها: أنه يَثِبُ ثلاثًا أو خمسًا، فإن تَمكَّن من الصَّيد، وإلا تَركه ويقولُ: (لا أقتُلُ نَفسي فيما أعمَلُ لغَيري)، وهكذا يَنبَغي لكلِّ عاقِلٍ.

وإن أخَذ الكلبُ صيدًا فقتَله، ثم أخَذ آخرَ فقتَله، وقد أرسَله صاحِبُه: أُكِلا جَميعًا؛ لأن الإرسالَ قد صَحَّ من الْمُسلِم، فما يَأخُذُه في وَجه إرسالِه وهو مُمسِكٌ على صاحِبه يَكونُ حَلالًا، وهو كما لو رَمى سهمًا إلى صيدٍ فأَصابه وأَصاب آخرَ.

ولو قَتل الأوَّلَ، فجَثَم عليه طَويلًا، ثم مَرَّ به صيدٌ آخرُ فأخَذه: لم يُؤكَل الثّانِي؛ لأن فورَ الإرسالِ انقطَع حيث جَثَم على الأوَّل طَويلًا، فقد فات إرسالُ صاحِبِه في حقِّ الصَّيدِ الثّانِي، وهو شرطُ الحِلِّ.

ولو أرسَل بازِيَّه الْمُعلَّمَ على صيدٍ، فوَقَع على شيءٍ، ثم اتَّبَع الصَّيدَ فأخَذه وقتَله: أُكِل؛ لأن من عادة البازِيِّ أن يَقَعَ على شيءٍ ويَنظُرَ إلى صَيده ليَتمكَّنَ من أَخذه.

وهذا إذا لم يَمكُث زَمانًا طَويلًا للاستِراحة، كما مَرَّ في الجُثوم، وإنما مَكَث ساعةً للكَمين، كما مَرَّ في الفَهد والكلبِ.

ولو أخَذ البازِيُّ الْمُعلَّمُ صيدًا فقتَله، ولم يَدْرِ أرسَله إنسانٌ أم لا: حَرُم؛ لأن الإباحةَ لا تَثبُتُ بدُون الإرسالِ، وقد وَقَع الشَّكُّ في الإرسال.

وإن خَنَقه الكلبُ ولم يَجرَحه أو صَدَمه بجِهَته: لم يُؤكَل؛ لِما بَيَّنّا أن الجَرحَ شرطٌ في ظاهِر الرِّوايةِ.

وهذا يُشيرُ إلى أنه لا يَحِلُّ بالكَسر؛ لأن الْمُعتبَرَ هو الجَرحُ الذي هو سبَبٌ لإنهار الدَّمِ، ولم يُوجَد ذلك بالكَسر، فصار كالتَّخنيق.

وحَكى أبو يوسف عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه إذا كَسَر عُضوًا فقتَله: حَلّ؛ لأن الكسرَ جِراحةٌ باطِنةٌ، فهي كالجِراحة الظّاهرةِ.

ولو أرسَل الْمُسلِمُ الكلبَ على صيدٍ، فشارَكه كلبٌ غيرُ مُعلَّمٍ أو كلبٌ لم يُذكَر اسمُ اللهِ عليه عمدًا، أو كلبٌ مَجوسيٌّ: لم يُؤكَل؛ لِما رَوَينا في حَديث عدِيٍّ[1]، ولأن الصَّيدَ صار مَأخوذًا بالكَلبَين.

والأصلُ: أنه متى اجتمَع مُوجِبُ الحِلِّ ومُوجِبُ الحُرمةِ يُغلَّبُ مُوجِبُ الحُرمةِ؛ لقَوله عَلَيهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ما اجتمَع الحَلالُ والحَرامُ في شيءٍ إلا غلَب الحَرامُ الحَلالَ»[2]، ولأن الحَرامَ واجِبُ التَّركِ، والحَلالَ جائزُ التَّركِ، فكان الاحتِياطُ في التَّرك.

ولو رَدَّ الصَّيدَ عليه الكلبُ الثَّاني، ولم يَجرَح معه، ومات بجَرح الأوَّلِ: كُرِه أكلُه؛ لوُجود الْمُشارَكةِ في الأَخذ وعدَمِها في الجَرح.

ثم قِيل: كَراهةَ تَنزيهٍ، وقِيل: كَراهةَ تَحريمٍ، وهو اختِيارُ شمسِ الأئمّةِ الحَلْوانيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولو رَدَّ الصَّيدَ على الكَلب مَجوسيٌّ حتى أَخَذه فلا بأسَ بأَكله؛ لأن فِعلَ الْمَجوسيِّ ليس من جِنس فِعلِ الكلبِ، فلم تَثبُت الْمُشارَكةُ، فكان الصَّيدُ مَأخوذًا بالكَلب الذي أرسَله الْمُسلِمُ، فكان حَلالًا.

فأما فِعلُ الكلبِ الذي لم يُرسِله صاحِبُه من جِنس فِعلِ الكلبِ الذي أرسَله، فتَتحقَّقُ به الْمُشارَكةُ، ويَجتمِعُ في الصَّيد الْمُوجِبُ للحِلّ والْمُوجِبُ للحُرمة.

---

(١) من حديث: «إذا أرسَلتَ كلبَك الْمُعلَّمَ...».

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣١٤: هذا الحديث وجدته موقوفًا على ابن مسعود، أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٧٧٢) عن الشعبي قال: قال عبد الله: ما اجتمع حلال وحرام إلا غلب الحرام الحلال، قال سفيان: وذلك في الرجل يفجر بامرأة، وعنده ابنتها أو أمها، فإنه يفارقها. انتهى. قال البيهقي في «سننه» (١٣٩٦٩): رواه جابر الجعفي عن ابن مسعود، وجابر ضعيف، والشعبي عن ابن مسعود منقطع. انتهى.

ولو لم يَرُدَّه الكلبُ الثّاني على الأوّل، ولكنه اشتَدَّ على الأوّل حتى اشتَدَّ على الصَّيد، فأخذه وقتَله: حَلّ؛ لأن فِعلَه لم يُؤثِّر في الصَّيد، وإنما أثَّر في الكَلب الْمُرسَلِ؛ لأنه ازدَاد به طلبًا، فلا يُضافُ الأخذُ إلى فِعله.

ولو أرسَله مَجوسيٌّ، فزَجَره مُسلِمٌ وسَمّى، فانزَجَر: حَرُم أكلُه.

والْمُرادُ بالزَّجر: الإغراءُ بالصِّياح عليه، **وبالانزِجار**: إظهارُ زِيادةِ الطَّلَبِ.

وإن أرسَله مُسلِمٌ فزَجَره مَجوسيٌّ أو مُحرِمٌ فانزَجَر، أو لم يُرسِله أحَدٌ فزَجَره مُسلِمٌ فانزَجَر، أو أخَذ غيرَ(ف ك) ما عيَّنه، أو أرسَل إلى ذِئبٍ، فأصاب صَيدًا: حلّ.

ولو أرسَله مُسلِمٌ فزَجَره مَجوسيٌّ، فانزَجَر بزَجره: حَلّ.

والفرقُ: أن الزَّجرَ دونَ الإرسالِ؛ لأنه بِناءٌ عليه، والشَّيءُ إنما يَرتفِعُ بما هو مِثلَه أو فوقَه، كما عُرِف في النَّسخ في أُصول الفِقهِ.

ففي الْمَسألة الأُولى: إرسالُ الْمَجوسيِّ مُحرَّمٌ، فلا يَرتفِعُ بزَجر الْمُسلِمِ إيّاه؛ لأنه دونَه، وفي الثّانية: إرسالُ الْمُسلِمُ مُوجِبٌ للحِلّ، فلا يَرتفِعُ بزَجر الْمَجوسيِّ؛ لأنه دونَه.

وكلُّ من لا تَجوزُ ذَكاتُه، كالْمُرتدّ، والْمُحرِمِ، وتارِكِ التَّسميةِ عمدًا.. في هذا بمَنزِلة الْمَجوسيِّ، حتى لو أرسَل صيدًا وسَمّى، ثم زَجَره من لم يُسَمِّ: يُؤكَلُ، وبعَكسه: لا يُؤكَلُ، وعلى هذا غيرُه.

وإن لم يُرسِله أحدٌ، ولكنه انبَعَث الكلبُ أو البازِيُّ على إثر الصَّيدِ بغَير إرسالٍ، فزَجَره مُسلِمٌ فانزَجَر، فأخَذ الصَّيدَ: حَلّ.

والقِياسُ: أن لا يَحِلَّ؛ لأن زجْرَه ليس بإرسالٍ، وبدُون الإرسالِ لا يَحِلُّ؛ لأنه شرطٌ.

وجهُ الاستِحسانِ: أنه لَمّا انزَجَر بزَجره جُعِل ذلك بمَنزِلة ابتِداءِ الإرسالِ.

فإن قِيل: الزَّجرُ بِناءَ على الانفِلات، فكان الزَّجرُ دونَ الانفِلاتِ، والشَّيءُ لا يَرتفِعُ بما هو دونَه، كما مَرَّ في الإرسال والزَّجرِ.

قُلنا: الزَّجرُ مِثلُ الانفِلاتِ؛ لأنه إن كان فوقَه بحَسَب السَّبقِ فهو دونَه من حيث إنه فِعلُ غيرِ الْمُكلَّفِ، فاستَويا، فصَلَح ناسِخًا له، أما الإرسالُ: فهو سابِقٌ، وفِعلُ الْمُكلَّفِ والزَّجرُ لاحِقٌ، وإن كان فِعلَ الْمُكلَّفِ، فكان دونَه، فلا يَرتفِعُ به.

ولو أرسَل الْمُسلِمُ كلبَه على صيدٍ وسَمّى، فأدرَكه الكلبُ، فضَرَبه ووَقَذه، ثم ضَرَبه ثانِيًا فقتَله: أُكِل، وكذا لو أرسَل كَلبَين فوَقَذه أحَدُهما، ثم قتَله الآخرُ: أُكِل؛ لأن الامتِناعَ عن الجَرح بعدَ الجَرحِ خارِجٌ عن حدِّ التَّعليمِ، فصار كأن القتلَ حَصَل بفِعلٍ واحِدٍ.

ولو أرسَل رَجُلان كلُّ واحِدٍ منهما كلبًا، فوَقَذه كلبُ أحَدِهما، ثم قتَله كلبُ الآخَرِ: يُؤكَلُ؛ لِما بيَّنّا أن جَرْحَ الكلبِ بعدَ الجَرحِ مما لا يُمكِنُ الاحتِرازُ عنه، فصار كأنه حَصَل بفِعلٍ واحِدٍ، والْمِلكُ للأوَّل؛ لأنه أخرَجه من أن يَكونَ صيدًا..

غايةُ ما في الباب: أن ضربَ الثّانِي حَصَل بعدَ الخُروجِ عن الصَّيديّة، إلا أن الإرسالَ من الثّانِي حَصَل على الصَّيد، والْمُعتبَرُ في الإباحة والحُرمةِ حالةُ الإرسالِ، فلهذا لا يَحرُمُ، حتى لو كان الإرسالُ من الثّانِي بعدَ الخُروجِ عن الصَّيديّة بجَرح الأوَّلِ، فجَرَحه الثّانِي ومات: لا يَحِلُّ.

ولو أرسَل كلبَه على صيدٍ، فلم يَأخُذه، وأخَذ غيرَه: حَلّ؛ لأن الْمَشروطَ بالنَّصِّ الإرسالُ دونَ التَّعيينِ[1]، والزِّيادةُ على النَّصِّ نسخٌ.

وقال مالِكٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يَحِلُّ له؛ لأنه لم يَأخُذ ما أرسَل عليه، وأخَذ ما لم يُرسِل عليه، فكان مَأخوذًا بغَير إرسالٍ؛ إذ التَّعيينُ شرطٌ عندَهما.

(١) أي في قوله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «إذا أرسَلتَ كلبَك الْمُعلَّمَ، وذَكَرتَ اسمَ الله تَعالى عليه فكُل...».

قُلنا: لا يُمكِنُه تعليمُه على وجهٍ يأخُذُ ما عيَّنه، فسَقَط اشتِراطه.

ومن سَمِع حِسًّا وظَنَّه صيدًا، فأرسَل كلبَه أو بازِيَّه عليه، أو رَماه بسهمٍ فأَصاب صيدًا، ثم تبيَّن أن الْمَسموعَ حِسُّه كان صيدًا مَأكولًا أو غيرَ مَأكولٍ: حَلَّ ما أَصابه.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان حِسَّ سَبُعٍ سِوى الخِنزيرِ أُكِل الصَّيدُ، وإن كان حِسَّ خِنزيرٍ لم يُؤكَل؛ لأنه مُغلَّظُ التَّحريمِ، حتى لا يَجوزُ الانتِفاعُ به بوجهٍ، فسَقَط حُكمُ فِعلِه أصلًا، بخِلاف سائِرِ السِّباعِ؛ لأن الانتِفاعَ بها مُطلَقٌ إلا من جِهة الأكلِ، فكان الفِعلُ مُعتبَرًا.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان حِسَّ صيدٍ لا يُؤكَلُ لحمُه، كالسِّباع ونحوِها: لم يُؤكَل؛ لأن الإرسالَ على السَّبُع لا يَتعلَّقُ به حُكمُ إباحةِ الأكلِ، فصار هو والآدَميُّ في ذلك سَواءً.

ولنا: أن الاصطِيادَ لا يَختصُّ بمَأكول اللَّحمِ؛ بدَليل قولِ الشّاعرِ:

صيدُ الْمُلوكِ أرانِبٌ وثَعالِبٌ وإذا رَكِبتُ فصَيديَ الأبطالُ

فكان الإرسالُ اصطِيادًا.

ثم ثُبوتُ الإباحةِ يَتعلَّقُ بالمحَلّ، فيَثبُتُ بقَدْر ما يَقبَلُه لحمًا وجِلدًا، وقد لا يَثبُتُ إذا لم يَقبَله، وإذا وقع اصطِيادًا صار كأنه رَمى إلى صيدٍ فأَصاب غيرَه.

بخِلاف ما لو تَبيَّن أنه حِسُّ آدَميٍّ أو حيَوانٍ أهليٍّ؛ حيث لا يَحِلُّ الْمُصابُ؛ لأن الإرسالَ ليس باصطِيادٍ.

ولو عَلِم أن الْمَرميَّ إليه طيرٌ داجِنٌ يَأوي البُيوتَ: لم يَحِلَّ؛ لأن الرَّميَ إليه كالرَّمي إلى الشّاة؛ لأن مَأواه البُيوتُ، وقد ثَبَت اليدُ عليه.

والظَّبيُ الْمُوثَقُ بمَنزِلته؛ لِما بَيَّنّا.

ولو رَمى طائِرًا، فأَصاب صيدًا، فذَهَب الْمَرميُّ، ولم يَدْرِ أنه وَحشيٌّ أو مُستأنِسٌ: أُكِل الصَّيدُ؛ لأن الأصلَ في الطَّير التَّوحُّش، فيُتمسَّكُ به حتى يُعلَمَ الاستِئناسُ.

ولو رَمى بَعيرًا، فأَصاب صيدًا، ولم يَعلَم أن البَعيرَ نادٌّ أو غيرُ نادٍّ: لم يُؤكَل الصَّيدُ حتى يَعلَمَ أن البَعيرَ كان نادًّا؛ لأن الأصلَ في الإبِل الاستِئناسُ، فيُتمسَّكُ به حتى يُعلَمَ غيرُه.

ولو رَمى سَمَكةً أو جَرادةً، فأَصاب صيدًا.. في رِوايةٍ عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَحِلُّ؛ لأن الْمَرميَّ صيدٌ، وفي رِوايةٍ عنه: لا يَحِلُّ؛ لأنه لا ذَكاةَ لهما والاصطِيادُ خلَفٌ عن الذَّكاة.

ولو سَمِع حِسًّا، فظَنَّه آدميًّا، فأَصاب السَّهمُ الْمَسموعَ حِسُّه، فإذا هو صيدٌ: أُكِل؛ لأنه لا عِبرةَ بظَنِّه مع تَعيينِه.

فَصْلٌ فِي الرَّمْيِ

وبرميٍ إن جَرَح، فإن أدرَكَ حيًّا ذَكّى، وإلا حَرُم.

اعلَم أن الاصطِيادَ كما يَجوزُ بالجَوارِحِ الْمُعلَّمةِ يَجوزُ بالرَّمي؛ لإطلاق قولِه تَعالى: ﴿فَٱصۡطَادُواْۚ﴾ [المَائـِدَة: ٢].

وإذا سَمّى الرَّجُلُ عندَ الرَّمي أُكِل ما أَصاب إذا جَرَح السَّهمُ فمات؛ لأنه بالرَّمي يَصيرُ مُذكِّيًا؛ إذ السَّهمُ آلةٌ له، فتُشترَطُ التَّسميةُ عندَ الرَّمي، وكلُّ البدَنِ محلٌّ لهذا النَّوعِ من الذَّكاة.

ولا بُدَّ من الجَرح لتَتحقَّقَ الذَّكاةُ الاضطِراريّةُ؛ لِما مَرّ.

فإن أدرَكه حيًّا: ذَكّاه؛ لأنه قَدِر على ذَكاة الاختِيارِ، فلا يَحِلُّ بذَكاة الاضطِرارِ؛ لأنها لا تُزيلُ الدَّمَ، وإن تَرَكَ تَذكِيتَه حتى مات: حَرُم، وقد مَرَّ وُجوهُها والاختِلافُ فيها في الفَصل الأوَّلِ، فلا يُحتاجُ إلى الإعادة.

تَحامَل[(ف و)][1] صَيدٌ بسهمٍ، فغاب وهو في طَلَبه: حلّ، وإنْ قَعَد عنه لا.

وإذا وَقَع السَّهمُ بالصَّيد، فتَحامَل حتى غاب عنه، ولم يَزَل في طَلَبه حتى أَصابه: حَلَّ استِحسانًا، والقِياسُ: أن لا يَحِلَّ، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لاحتِمال أنه مات بسبَبٍ آخرَ.

---

(١) تحامل عليه: مال، وتحامل على نفسه: تكلف الشيء على مشقة. «المختار» ص٨١.

ولنا: أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ مَرَّ بالرَّوحاء على حِمارِ وَحْشٍ عَقيرٍ، فتَبادَر أصحابُه إليه، فقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «دَعوه فسيأتي صاحِبُه»، فجاء رَجُلٌ فقال: هذه رَمِيَّتي، وأنا في طَلَبِها، وقد جَعَلتُها لك، فأمَر النَّبيُّ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ أبا بكرٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ فقَسَمها بينَ الرِّفاقِ[1].

ولأن الاحتِرازَ عنه غيرُ[2] مُمكِنٍ؛ لأن الاصطِيادَ غالِبًا يكونُ في الْمَشاجِر والبَراريِّ، فلا بُدَّ من التَّوارِي، فأبَحناه إذا لم يَقعُد عن طَلَبه للضَّرورة.

وإن قَعَد عن طَلَبه، ثم أصابه ميتًا: لم يَحِلَّ؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ كَرِه أكلَ الصَّيدِ إذا غاب عن الرّامي، وقال: «لعلَّ هَوامَّ الأرضِ قَتَلَتْه»[3].

ولأن تَرْكَ الطَّلَبِ مما يُستطاعُ الامتِناعُ عنه، والثّابتُ بالضَّرورة لا يَعدو مَوضِعَها.

وما رَوَينا[4] حُجّةٌ على مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في قَوله: إن ما تَوارى عنه إذا لم يَبِت يَحِلُّ، وإذا بات لَيلةً لا يَحِلُّ.

وكذا قولُ ابنِ عبّاسٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: كُل ما أصْمَيتَ، ودَع ما أنمَيتَ[5]؛ لأن الإصماءَ:

---

(١) رواه الإمام مالك (١/ ٣٥١)، والإمام أحمد (١٥٧٤٤)، والنسائي (٢٨١٨)، ورواه ابن ماجه (٣٠٩٢) مختصرًا.

(٢) سقطت من (د).

(٣) رواه الطبراني (١٩/ ٢١٤)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٣١٤.

(٤) من حديث: «دَعوه فسيأتي صاحِبُه».

(٥) روي مرفوعًا وموقوفًا، أما الموقوف -كما ذكره المصنف-: فقد روى عبد الرزاق (٨٤٥٣) عن الثوري عن الأجلح عن عبد الله بن أبي الهذيل قال: كتب معي أهل الكوفة إلى ابن عباس، فلما جئته كفاني الناس مسألته، فجاءه رجل مملوك فقال: يا أبا عباس! أنا أرمي الصيد فأصمي وأنمي، فقال: ما أصميت فكل، وما توارى عنك ليلة فلا تأكل، وإني لا أدري أنت قتلته أم غيرك. (٨٤٥٥) عن معمر=

أن يَرمِيَه فيموتَ بينَ يَدَيه، والإنماءُ: أن يَتوارى عنه ثم يَموتَ.

إلا أن الْمُرادَ به: إذا تَوارى عنه وقَعَد عن طَلَبه، فأما إذا لم يَقعُد عن طَلَبه: فلا يَحرُمُ؛ لِما بَيَّنّا أن ما لا يُستطاعُ الامتِناعُ عنه فهو عفوٌ[1].

ولو وَجَد به جِراحةً أُخرى سِوى جِراحةِ سهمِه: لا يَحِلُّ؛ لأنه ظَهَر لِمَوته سَبَبان، أحَدُهما مُوجِبٌ للحِلّ، والآخرُ مُوجِبٌ للحُرمة، فيُغلَّبُ الْمُوجِبُ للحُرمة، مع أن الْمَوهومَ في هذا كالْمُتحقِّق؛ لِما رَوَينا.

والجَوابُ في إرسال الكلبِ[2] في هذا كالجَواب في الرَّمي في جَميع ما ذَكَرنا.

رَمى صَيدًا، فوَقَع على ماءٍ، أو سطحٍ، أو جَبَلٍ، فتَردّى[3] منه إلى الأَرض: حَرُم،

=عن الأعمش عن مقسم عن ابن عباس قال: جاءه رجل فقال: إني أرمي الصيد فأصمي وأنمي، فقال: ما أصميت فكل، وما أنميت فلا تأكل.

ورواه أيضًا ابن أبي شيبة (١٩٦٨١) والبيهقي (١٨٩٠١) و(١٨٩٠٢) وقال إثر الأخير: وقد روي هذا من وجه آخر عن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا مرفوعًا، وهو ضعيف.

وأما المرفوع: فقد روى الطبراني (١٢/ ٢٧) عن سعيد بن جبير عن ابن عباس: أن عبدًا أسود جاء النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يمر بي ابن السبيل وأنا في ماشية لسيدي، فأسقي من ألبانها بغير إذنهم؟ قال: «لا»، قال: فإني أرمي فأصمي وأنمي، قال: «كل ما أصميت ودع ما أنميت».

وروى ابن أبي شيبة (١٩٦٧٨) عن موسى بن أبي عائشة عن أبي رزين قال: جاء رجل إلى النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ بأرنب، فقال: إني رميت أرنبًا فأعجزني طلبها حتى أدركني الليل، فلم أقدر عليها حتى أصبحت، فوجدتها وفيها سهمي فقال: «أصميت أو أنميت؟»، قال: لا بل أنميت، قال: «إن الليل خلق من خلق الله عظيم، لا يقدر خلقه إلا الذي خلقه، لعله أعان على قتلها شيء، انبذها عنك».

(١) في (هـ): متحقق.

(٢) في (ب): الكاسب.

(٣) رَدَى في البئر يَردِي -بالكسر- وتردى: إذا سقط فيها، أو تهور من جبل. «المختار» ص١٢١.

وحَلَّ لو وَقَع عليها ابتِداءً.

وإذا رَمى صيدًا، فوَقَع في الماء أو على سطحٍ أو جبَلٍ، فتَردّى منه إلى الأَرض: حَرُم؛ لأنه الْمُتردِّيةُ، والله تَعالى ذَكَرها في جُملة الْمُحرَّماتِ[1].

ولأنه احتُمِل الموتُ بغَير الرَّميِ؛ إذ الماءُ مُهلِكٌ، وكذا السُّقوطُ من عَلٍ[2]؛ ألا تَرى إلى قَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ لعَدِيٍّ: «إذا وَقَعت رَمِيَّتُك في الماء فلا تَأكُل؛ فإنك لا تَدري أن الماءَ قَتَله أو سهمُك»[3].

ولو وَقَع على الأَرض ابتِداءً: حَلَّ أكلُه؛ لأن ذلك لا يُستطاعُ الامتِناعُ عنه، فيَكونُ عفوًا، بخِلاف الوُقوعِ في الماء والتَّردِّي من الجبَل، لأنه يُستطاعُ الامتِناعُ منه.

فصار **الأصلُ** أن سبَبَ الحِلِّ والحُرمةِ إذا اجتَمَعا، وأمكَن التَّحرُّزُ عما هو سبَبُ الحُرمةِ: تُرجَّحُ جِهةُ الحُرمةِ احتِياطًا، وإن كان مما لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه جَرى وُجودُه مَجرى عدَمِه.

فمما يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه: إذا وَقَع على شجَرٍ، أو حائِطٍ، أو آجُرّةٍ، ثم وَقَع على

---

(١) قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ...﴾ الآية [المائدة: ٣].

(٢) في (هـ): جبل.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣١٦: أخرجه البخاري (٥٤٨٤) ومسلم (١٩٢٩) عنه: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال له: «إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه، فإن وجدته قد قتل فكل، إلا أن تجده قد وقع في ماء»، وزاد مسلم: «فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك». انتهى.

قلت: ومن الألفاظ القريبة للفظ المصنف: ما رواه الإمام أحمد (١٩٣٧٩) وأبو داود (٢٨٥٠): «إذا وقعت رميتك في ماء فغرق فمات فلا تأكل».

الأَرض، أو رَماه وهو على جبَلٍ، فترَدّى من مَوضِعٍ إلى مَوضِعٍ حتى تردّى إلى الأَرض، أو رَماه فوَقَع على رُمحٍ مَنصوبٍ أو قصَبةٍ، أو على حَرف آجُرّةٍ؛ لاحتِمال القتلِ بحدِّ هذه الأشياءِ.

ومما لا يُمكِنُ الاحترازُ عنه: إذا وَقَع على الأَرض، كما بَيّنّا، أو على ما هو في مَعناه، كجبَلٍ، أو ظهرِ بيتٍ، أو لَبِنةٍ مَوضوعةٍ، أو صَخرةٍ، فاستَقرَّ عليها؛ لأن الْمَوضِعَ الذي وَقَع عليه بمَنزِلة الأرضِ.

وذَكَر في «الْمُنتقى»: أنه إذا وَقَع الصَّيدُ على صَخرةٍ، فانشَقَّ بطنُه، فمات: لم يُؤكَل، وليس هذا باختِلاف الرِّوايةِ في الصَّحيح، بل مُرادُه بما ذَكَر في «الْمُنتقى»: إذا أَصابه حدُّ الصَّخرةِ فانشَقَّ بطنُه بذلك، وهذا سببٌ لِمَوته سِوى الذَّكاةِ.

ومُرادُه بما ذَكَر في «الأَصل»: أنه لم يُصِبه من الآجُرّة إلا ما يُصيبُه من الأَرض لو وَقَع عليها، وذلك عفوٌ؛ لأنه لا يُستطاعُ الامتِناعُ عنه.

وإن كان الطَّيرُ مائِيًّا: فإن كانت الجِراحةُ لم تَنغمِس في الماء: أُكِل، وإن انغَمَست: لا يُؤكَلُ، كما لو وَقَع غيرُ المائيِّ في الماء.

وحَرُم ما قَتَله الْمِعراضُ[1] بعَرْضه، والبُندُقةُ[2].

ولا يُؤكَلُ ما أَصابه الْمِعراضُ بعَرْضه؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فيه: «ما أَصابه الْمِعراضُ بحدِّه فكُلْ، وما أَصاب[3] بعَرْضه فلا تَأكُل»[4].

---

(١) المعراض -مثل المفتاح-: سهم لا ريش له. «المصباح» ٢/ ٤٠٢.

(٢) البندق: مايعمل من الطين، ويرمى به، الواحدة منها بندقة، وجمع الجمع البنادق. «المصباح» ١/ ٣٨.

(٣) في (ب) و(د) و(هـ): أصابه.

(٤) كذا عند أبي داود (٢٨٥٤)، ورواه البخاري (٥٤٧٧) ومسلم (١٩٢٩) بلفظ: «إذا أصاب =

ولا يُؤكَلُ ما أَصابته البُنْدُقةُ فمات بها؛ لأن الذَّكاةَ اسمٌ لِما هو قاتِلٌ جرحًا، حتى يَكونُ الموتُ بإِنهار الدَّمِ.

فأما ما هو قاتِلٌ دقًّا: فلا يَكونُ الموتُ فيه بإِنهار الدَّمِ، فكانت مَوقوذةً، وهي حَرامٌ بالنَّصّ[1]، والبُنْدُقةُ تَقتُلُ بالدَّقِّ والكسرِ لا بالجَرح.

وكذا إن رَماه بحجَرٍ، وكذا إن جَرَحه، أي إذا كان ثَقيلًا وبه حِدّةٌ؛ لأنه يُحتمَلُ أنه قَتَله بثِقَله.

وإن كان الحجَرُ خَفيفًا وبه حِدّةٌ: حَلّ؛ لأن الموتَ بالجرَح لزَوال ذلك الاحتِمالِ.

وإن كان الحجَرُ خَفيفًا، وجَعَله طَويلًا كالسَّهم، وبه حِدّةٌ: حَلّ؛ لأن القتلَ بالجَرح.

ولو رَماه بمَروةٍ حَديدةٍ ولم تَبضَع بَضْعًا: حَرُم؛ لأن القتلَ بالدَّقّ.

وكذا إذا رَماه بها فأَبان رأسَه، أو قَطَع أوداجَه؛ لأن العُروقَ قد تَنقطِعُ بثِقَل الحجَرِ، كما تَنقطِعُ بالقَطع، ولعله مات قبلَ قطعِ الأوداجِ، فلا يَحِلُّ بالشَّكّ.

ولو رَماه بِعَصًا أو بعُودٍ حتى قَتَله: حَرُم؛ لأنه قَتَله ثِقَلًا لا جرحًا، إلا إذا كان له حدٌّ يَبضَعُ بَضْعًا، فحينَئذٍ يَحِلُّ؛ لأنه كالسَّيف والرُّمحِ.

والأصلُ في هذه المَسائلِ: أن الموتَ إذا أُضِيف إلى الجَرح قطعًا: حَلَّ الصَّيدُ، وإن أُضِيف إلى الثِّقَل قطعًا: حَرُم، وإن وَقَع الشَّكُّ ولم يُدرَ أنه مات بالثِّقَل أو بالجَرح: حَرُم احتياطًا.

=بحده فكل، وإذا أصاب بعرضه فقتل فلا تأكل، فإنه وقيذ».

(١) قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ...﴾ الآية [المائدة: ٣].

وإن رَماه بسَيفٍ أو بسِكِّينٍ، فأَصابه بحدِّه فجَرَحه: حَلّ.

وإن أَصابه بقَفاء السِّكِّينِ، أو بمِقبَض السَّيفِ: حَرُم؛ لأن القتلَ بالدَّقِّ، والحَديدُ وغيرُه فيه سَواءٌ.

ولو رَماه فجَرَحه، فمات بالجَرح.. إن كان الجَرحُ مُدمِيًا: حَلَّ اتِّفاقًا، وإن لم يكن مُدمِيًا: فكذلك عندَ بعضِ الْمُتأخِّرين، سَواءٌ كانت الجِراحةُ صَغيرةً أو كَبيرةً؛ لأن الدَّمَ قد يَحتبِسُ في العُروق لضِيق الْمَنفَذِ أو لغِلَظ الدَّمِ.

وعندَ بعضِهم: يُشترَطُ الإدماءُ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ما أنهَر الدَّمَ وأَفرى الأوداجَ فكُلْ»[1]، شَرَط الإنهارَ، والْمَشروطُ لا يُوجَدُ عندَ عدَمِ الشَّرطِ.

وعندَ بعضِهم: إن كانت الجِراحةُ كَبيرةً حَلَّ بلا إدماءٍ؛ لأن عدَمَ خُروجِ الدَّمِ لعَدَم الدَّمِ، فلا يَكونُ مُضِرًّا.

وإن كانت صَغيرةً لا يَحِلُّ؛ لأن عدَمَ خُروجِ الدَّمِ لضِيق الْمَنفَذِ لا لعَدَم الدَّمِ.

ولو ذَبَح شاةً ولم يَسِل الدَّمُ منها، وقد يَكونُ ذلك إذا أكَلت العُنّابَ.. فقال أبو القاسِمِ الصَّفّارُ: لا يَحِلُّ؛ لعَدَم مَعنى الذَّكاةِ، وهو تَسييلُ الدَّمِ، وقال أبو بكرٍ الإسكافُ: يَحِلُّ؛ لوُجود فِعلِ الذَّكاةِ، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الذَّكاةُ ما بينَ اللَّبَّةِ واللَّحيين»[2].

---

(١) روى البخاري (٥٥٤٣) ومسلم (١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج قال: كنّا مع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سفر، فقلت: يا رسول الله! إنا نكون في المغازي فلا تكون معنا مُدًى، فقال: «ما أنهر الدم، وذُكر اسم الله عليه، فكلوا، ما لم يكن سِنًّا أو ظُفُرًا، وسأحدثكم عن ذلك، أما السن فعظم، وأما الظُّفُر فمُدَى الحبشة». وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٩٨١٠) عن رافع بن خُديج قال: سألت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الذبح باللِّيطة، فقال: «كُل ما أفرى الأوداجَ إلا سِنًّا أو ظُفُرًا».

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٥: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الدارقطني في «سننه» (٤٧٥٤) عن سعيد بن سلام العطار ثنا عبد الله بن بديل الخزاعي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة =

وإن أصاب السَّهمُ ظِلْفَ الصَّيدِ أو قرْنَه، فقتَلَه: حَلَّ إن أدماه؛ لأن ما هو الْمَقصودُ -وهو تسييلُ الدَّمِ- قد حَصَل، وإلا لا يُؤكَلُ؛ لأن تَسييلَ الدَّمِ النَّجِسِ لم يَحصُل.

رَمى صَيدًا، وقَطَع عُضوًا: أُكِل الصَّيدُ، لا العُضوُ(ف).

وإن رَمى صيدًا فقطَع عُضوًا منه، ومات: أُكِل الصَّيدُ؛ لِما بَيَّنّا.

ولا يُؤكَلُ العُضوُ؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «ما أُبِين من الحيِّ فهو ميْتٌ»(١).

وهذا إذا أَبان شيئًا يَبقى الْمُبانُ منه حيًّا بدُونه عادةً، كاليَد، والرِّجلِ، والفَخِذِ، وثُلُثِه مما يَلي القَوائمَ، والأَقَلِّ من نِصف الرَّأسِ.

وإن قَطَعه نِصفَين، أو أثلاثًا، والأكثرُ مما يَلِي العَجُزَ: أُكِل كلُّه.

ولو قَدَّه بنِصفَين أو قَطَعه أثلاثًا، والأكثرُ مما يَلي العَجُزَ، أو قَطَع رأسَه أو نِصفَ رأسِه أو أكثَرَ منه: حَلَّ الْمُبانُ والْمُبانُ منه؛ إذ لا يُتوهَّمُ بَقاؤُه حيًّا بعدَ هذا، فكان قتلًا، وهذا كلُّه عندَنا.

= قال: بعث رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بديل بن ورقاء الخزاعي على جمل أورق، يصيح في فجاج منًى: ألا إن الذكاة في الحلق واللبة. انتهى.

قال في «التنقيح»: هذا إسناد ضعيف بمرة، وسعيد بن سلام أجمع الأئمة على ترك الاحتجاج به، وكذبه ابن نمير، وقال البخاري: يذكر بوضع الحديث، وقال الدارقطني: يحدث بالأباطيل، متروك. انتهى، وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» موقوفًا على ابن عباس (٨٦١٥) وعلى عمر (٨٦١٤): الذكاة في الحلق واللبة. انتهى.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣١٧: أخرجه أبو داود (٢٨٥٨)، والترمذي (١٤٨٠) عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما قُطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة». انتهى لأبي داود، ولفظ الترمذي أتم، ثم قال: قدم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المدينة، وهم يَجُبُّون أسنمة الإبل، ويقطعون أَلْيَات الغنم، فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ما قُطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة». انتهى. وتمامه فيه.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَحِلُّ الْمُبانُ والْمُبانُ منه في الوُجوه كلِّها إذا مات الصَّيدُ؛ لأن الفِعلَ وَقَع ذَكاةً، فظَهَر أثَرُه في الكلّ، كما في ذَكاة الاختِيارِ.

ولنا: ما رَوَينا[1]، وقد ذَكَر الحيَّ مُطلَقًا، فانصَرَف إلى الحيِّ حَقيقةً وحُكمًا ليَكونَ حيًّا من كلِّ وجهٍ..

وفي النَّوع الأوَّلِ: الْمُبانُ منه حيٌّ حَقيقةً؛ لوُجود الحَياةِ فيه، وحُكمًا؛ لأنه يُتوهَّمُ حَياتُه بدُون هذه الأعضاءِ[2]، وقد اعتبَره الشَّرعُ، حتى لو وَقَع في الماء وفيه حَياةٌ بهذه الصِّفةِ يَحرُمُ.

أما في النَّوع الثَّاني: فالْمُبانُ منه حيٌّ صُورةً لا حُكمًا، فإنه لا يُتوهَّمُ بَقاءُ الحَياةِ فيه بعدَ هذا الجَرحِ، حتى لو وَقَع في الماء وبه حَياةٌ بهذه الصِّفةِ، أو تَردّى من جبَلٍ أو سطحٍ: لا يَحرُمُ، والحَديثُ[3] وإن تَناوَل السَّمَكَ وما أُبين منه ميتٌ، إلا أن مَيتتَه حَلالٌ بالحَديث[4].

قولُه: (الفِعلُ وَقَع ذَكاةً).. قُلنا: حُكمُ الذَّكاةِ إنما يَظهَرُ في المحَلِّ عندَ خُروجِ الرُّوحِ، فإذا أُبين طرَفٌ منه والباقِي حيٌّ: لم يَقَع الفِعلُ ذَكاةً، فإذا خَرَج منه الرُّوحُ وصار ذَكاةً: لم يَظهَر في الجُزء الْمُنفصِلِ؛ لأن ظُهورَ حُكمِ الذَّكاةِ في الأَجزاء على سَبيل التَّبعيّةِ، وقد بَطَلت بالانفِصال.

فالحاصِلُ: أن الْمُبانَ من الحيِّ حَقيقةً وحُكمًا حَرامٌ، والْمُبانَ من الحيِّ صُورةً لا حُكمًا حَلالٌ، وذلك أن يَبقى في الْمُبان منه حَياةٌ بقَدْر ما يَكونُ في الْمَذبوح، فإنه حَياةٌ

(١) أي حديث: «ما أُبين من الحيِّ فهو ميتٌ».

(٢) في (أ) و(ج): الأشياء.

(٣) أي حديث: «ما أُبين من الحيِّ فهو ميتٌ». وانظر «البناية» ١٢/ ٤٥٧.

(٤) أي حديث: «أحلت لنا ميتتان ودمان، أما الميتتان السمك والجراد».

صُورةً لا حُكمًا؛ لِما بَيَّنّا.

ولو ضَرَب عُنُقَ[1] شاةٍ، فأَبان رأسَها: حَلّ؛ لوُجود قطعِ الأوداجِ، وكُرِه؛ لأنه بَلَغ النُّخاعَ.

وإن ضَرَبه من قِبَل القَفاءِ، ومات قبلَ قطعِ الأوداجِ: حَرُم، وإن بَقِي حيًّا حتى قَطَع الأوداجَ: حَلّ، وقد مَرَّ في الذَّبائِح.

ولو ضَرَب صيدًا، فقَطَع يدًا أو رِجلًا، ولم يُبِنْه.. إن كان يُتوهَّمُ الالتِئامُ والاندِمالُ: حَلَّ أكلُه إن[2] مات؛ لأن هذا جَرحٌ، وليس بإبانةٍ، فكان كسائِر أجزائِه، وإن كان لا يُتوهَّمُ اتِّصالُه بعِلاجٍ، بأن بَقِي مُتعلِّقًا بجِلده: حَلَّ ما سِواه لا هو؛ لوُجود الإبانةِ مَعنًى، والاعتِبارُ للمَعنى لا للصُّورة.

وحَرُم صيدُ مَجوسيٍّ، ووَثَنيٍّ، ومُرتَدٍّ.

ولا يُؤكَلُ صيدُ الْمَجوسيِّ والوَثَنيِّ والْمُرتدِّ؛ لأن هؤلاء ليسوا من أَهل الذَّكاةِ اختِيارًا، فكذا اضطِرارًا، بخِلاف الكِتابيِّ؛ لأنه من أَهل الذَّكاةِ اختِيارًا، فكذا اضطِرارًا.

رَمى صَيدًا، فلم يُثخِنه[3]، فرَماه آخَرُ، فقَتَله: فللثّانِي، وحَلّ، وإن أثخَنه: فللأوَّل، وحَرُم، وضَمِن للأوَّل قِيمتَه غيرَ نُقصانِ جِراحتِه.

ومن رَمى صيدًا فأَصابه ولم يُثخِنه، ولم يُخرِجه من حَيِّز الامتِناعِ، فرَماه آخرُ فقتَله: فهو للثّانِي؛ لأنه صيدٌ بعدُ، وقال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ: «الصَّيدُ لمن أخَذ»[4]، ويُؤكَلُ؛ لأن

(١) في (ب): عين.

(٢) في (د): وإن.

(٣) أثخنته: أوهنته بالجراحة وأضعفته. «المصباح» ١/ ٨٠.

(٤) تقدم تخريجه.

الصَّيدَ يَحِلُّ بذَكاة الاضطِرارِ.

وإن كان الأوَّلُ أثخَنه، فرَماه الثّانِي فقتَله: فهو للأوَّل، ولم يُؤكَل؛ لاحتِمال موتِه بالثّانِي، وهو ليس بذَكاةٍ؛ لأنه لم يَبقَ صيدًا، فلا يَحِلُّ بذَكاة الاضطِرارِ؛ للقُدرة على ذَكاة الاختِيارِ.

وهذا إذا كان الرَّميُ الأوَّلُ بحالٍ يَنجو[1] منه الصَّيدُ، حتى يَكونَ الموتُ مُضافًا إلى الرَّمي الثّانِي، فإن كان الرَّميُ الأوَّل بحالٍ لا يَنجو منه الصَّيدُ، بأن بَقِي فيه من الحَياة بقَدْر ما يَبقى في الْمَذبوح، كما لو أَبان رأسَه: يَحِلُّ؛ لعِلمنا بأن الموتَ لم يُضَف إلى الرَّمي الثّانِي، فكان وُجودُه وعدَمُه بمَنزِلةٍ.

وإن كان الرَّميُ الأوَّلُ بحالٍ لا يَعيشُ منه الصَّيدُ، غيرَ أنه بَقِي فيه من الحَياة أكثَرُ مما يَكونُ في الْمَذبوح، بأن كان يَعيشُ يومًا أو دونَه.. فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَحرُمُ بالرَّمية الثّانية؛ لأنه لا عِبرةَ بهذا القَدْرِ من الحَياة عندَه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَحرُمُ؛ لأن لهذا القَدْرِ من الحَياة عِبرةٌ عندَه؛ لِما عُرِف من مَذهَبه، فصار الجَوابُ فيه والجَوابُ فيما إذا كان الأوَّلُ بحالٍ يَسلَمُ منه الصَّيدُ سَواءً، فلا يَحِلُّ.

وضَمِن الثّاني للأوَّل قِيمتَه غيرَ ما نَقَصتْه جِراحتُه؛ لأن الأوَّلَ مَلَكه بالأخذ مَعنًى حيث أثخَنه، فهو قد أتلَف صيدًا مَملوكًا له مَنقوصًا[2] بجِراحته، فلا يَضمَنُه كَمَلًا؛ لأن قِيمةَ الْمُتلَفِ تُعتبَرُ يومَ الإتلافِ، كما لو قتَل عبدًا مَريضًا.

وهذا إذا عُلِم أن القتلَ حَصَل بالثّاني، بأن كان الرَّميُ الأوَّلُ بحالٍ يَجوزُ أن يَسلَمَ

(١) في (ب): لا ينجو.

(٢) في (ب) و(د): متقومًا.

الصَّيدُ منه، والثّانِي بحالٍ لا يَسلَمُ الصَّيدُ منه؛ ليَكونَ القتلُ كلُّه مُضافًا إلى الثّانِي.

وإن ماتَ منهما، أو لم يُدْرَ: ضَمِنَ نُقصانَ جَرْحِه، ثم نِصفَ قِيمتِه مَجروحًا بجُرحَين، ثم نِصفَ قِيمةِ لحمِه.

وإن عُلِم أن الموتَ حَصَل من الجَرحَين، أو لم يُدْرَ: ضَمِنَ الثّانِي ما نَقَصتْه جِراحتُه؛ لأنه جَرَح حيَوانًا مَملوكًا للغَير، وقد نَقَصه، فضَمِن ما نَقَصه، ثم يَضمَنُ نِصفَ قِيمتِه مَجروحًا بجُرحَين؛ لحُصول الموتِ بالجَرحَين، فكان مُتلِفًا نِصفَه وهو مَملوكُ غيرِه، فيَضمَنُ نِصفَ قِيمتِه مَجروحًا بالجُرحَين؛ لأن الأوَّلَ لم يكن بصُنعه، وقد ضَمِن الثّانِيَ مرّةً، فلا يَضمَنُه ثانِيًا.

ثم يَضمَنُ نِصفَ قِيمةِ لحمِه ذكِيًّا؛ لأنه بالرَّمي الأوَّلِ صار بحالٍ يَحِلُّ بذَكاة الاختِيارِ لو لم يكن رَمى الثّانِيَ، فهو بالرَّمي الثّانِي أفسَد عليه نِصفَ اللَّحمِ، فيَضمَنُه، ولا يَضمَنُ النِّصفَ الآخرَ؛ لأنه قد ضَمِنه مرّةً، فدَخَل ضَمانُ اللَّحمِ فيه.

وإن رَماه الأوَّلُ ثانِيًا: فالجَوابُ في حُكم الإباحةِ كالجَواب فيما لو كان الرّامي غيرَه، وصار كما لو رَمى صيدًا على قُلّة جبَلٍ فأثخَنه، ثم رَماه ثانِيًا فأنزَله، فإنه يَحرُمُ؛ لأن الثّانِيَ مُحرِّمٌ، كذا هذا.

وحَلَّ صَيدُ ما يُؤكَلُ وغيرِه.

ويَجوزُ اصطِيادُ ما يُؤكَلُ لحمُه من الحَيَوان وما لا يُؤكَلُ؛ لإطلاق قولِه تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: ٢]، ولأن في اصطِياده تَحصيلَ مَنفعةِ جِلدِه أو شَعْرِه، أو رِيشِه، أو دفْعِ أذاه عن النّاس، فكان مَشروعًا تَحصيلًا لهذه المَنافِع.

رَمَيا صَيدًا، فأَصاباه معًا: فلهما، وحَلّ، وإن سَبَق أحَدُهما: فله، وحَلّ[ز]، ولم يَضمَن الثّانِي.

رَمَيا صيدًا معًا أو مُتعاقِبًا، وأَصاباه معًا: فهو لهما، وحَلّ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما رَمى إلى صيدٍ مُباحٍ، وأصابَتْه الرَّميتان معًا، فاستَوتا في سَبَبِ الْمِلكِ، وذا يُوجِبُ الْمُساواةَ في الْمِلك، وفِعلُ كلٍّ واحِدٍ منهما مُذَكٍّ للصَّيد، فحَلَّ تَناوُلُه لهما.

وإن رَمَيا معًا، فسَبَق أحَدُهما: فهو له؛ لأنه أوَّلُ مُحرِزٍ، وحَلّ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَحِلُّ؛ لأن الأوَّلَ أخرَجه من الصَّيديّة، وقد مات بالجَرحَين، وجَرحُ الثّاني ذَكاةُ اضطِرارٍ بعدَما صارت ذَكاتُه ذَكاةَ اختِيارٍ، فاجتَمَع الْمُبيحُ والْمُحرِّمُ، فيَحرُمُ، كما لو تَعاقَبا في الرَّمي والإصابةِ.

ولنا: أن فِعلَ كلٍّ واحِدٍ منهما يُوجِبُ الحِلَّ؛ لأنه رميٌ إلى صيدٍ، والْمُعتبَرُ في الحِلِّ وقتُ الرَّميِ؛ لأن الحِلَّ بالذَّكاة، وهي فِعلُ الْمُذكِّي، وفِعلُه الرَّميُ، فأما في الْمِلك: فالعِبرةُ لوَقت الإصابةِ؛ لأن الْمِلكَ يَثبُتُ بالإحراز، وإحرازُ الصَّيدِ بالإصابة دونَ الرَّميِ، ولم يَضمَن الثّانيَ؛ لأن الْمُعتبَرَ في حقِّ الضَّمانِ حالةُ الرَّميِ، وحالَ رميِ الثّاني كان الصَّيدُ مُباحًا، فلم يَنعقِد الرَّميُ سببَ[1] الضَّمانِ.

وإرسالُ كَلبَيهما وبازِيِّهما: مِثلُه في الحِلِّ والْمِلكِ.

وإرسالُ كَلبَيهما وبازِيَّيهما[2] مِثلُه في الحِلِّ والْمِلكِ.

أرسَل بازِيًّا، فأخَذ، ولم يُثخِنه، فقَتَل بازِيُّ الثّانِي: فله، وحَلّ.

أرسَل بازِيًّا، فأخَذ الصَّيدَ وأمسَكه بمِخلَبه، ولم يُثخِنه، فقَتَل بازِيُّ الثّاني: فالصَّيدُ للثّاني، وحَلّ؛ لأن يدَ البازِيِّ الأوَّلِ ليست بيَدٍ حافِظةٍ لتُقامَ مُقامَ يدِ المالِكِ، أما القتلُ: فهو إتلافٌ، والبازِيُّ من أهل الإتلافِ، فيُنقَلُ إلى صاحِبه.

(١) في (ب): بسبب.

(٢) في سوى (أ): وبازيهما، وفي (ج): أو بازيهما.

رَمى صَيدًا، فأَصاب سهمًا على حائِطٍ، فدَفعه، وقتَله: حَلّ.

رَمى صيدًا، فأَصاب سهمًا مَوضوعًا على حائِطٍ، فدَفعه، ومَضى السَّهمُ الثّانِي وأَصاب الصَّيدَ وقتَله: حَلّ؛ لأن اندِفاعَ السَّهمِ الثّانِي بواسِطة السَّهمِ الأوَّلِ، فأُضِيف إلى الرّامِي كأنه رَماه به.

ولو أَصاب سهمًا آخرَ.. إن عُلِم أن الأوَّلَ لا يَبلُغُه لولاه: فللثّانِي، وإلا للأوَّل، وحَرُم لو كان الثّانِي مَجوسِيًّا أو مُحرِمًا.

ولو رَمى سهمًا إلى صيدٍ، ورَمى رَجُلٌ آخرُ، فأَصاب السَّهمُ الثّانِي السَّهمَ الأوَّلَ، وأَمضاه حتى أَصاب الصَّيدَ وقتَله جَرحًا.. إن كان السَّهمُ الأوَّلُ بحالٍ يُعلَمُ أنه لا يَبلُغُ الصَّيدَ بدُون الثّانِي: فالصَّيدُ للثّانِي؛ لأنه الآخِذُ، حتى لو كان الثّانِي مَجوسيًّا أو مُحرِمًا: لا يَحِلُّ، وإن كان السَّهمُ الأوَّلُ بحالٍ يَبلُغُ[1] الصَّيدَ بدُون السَّهمِ الثّانِي: فالصَّيدُ للأوَّل؛ لأنه سَبَق في الأَخذ، وهو كافٍ بنَفسه.

فإن كان الثّانِي مُحرِمًا أو مَجوسيًّا: لا يَحِلُّ استِحسانًا؛ لأنه أوجَب زِيادةَ قُوّةٍ في الأوَّل، فأوجَب الحُرمةَ احتِياطًا.

مَجوسيٌّ رَمى صَيدًا، أو أرسَل كلبَه، فأقبَل الصَّيدُ هارِبًا منه، فرَماه مُسلِمٌ، أو أرسَل كلبَه، فقتَله قبلَ وُقوعِ السَّهمِ الأوَّلِ ورُجوعِ كلبِه: كُرِه، وبعدَه لا.

مَجوسيٌّ رَمى صيدًا أو أرسَل كلبَه، فأقبَل الصَّيدُ هارِبًا من سَهمه أو كلبِه، فرَماه مُسلِمٌ أو أرسَل كلبَه عليه، فقتله قبلَ وُقوعِ سهمِ الْمَجوسيِّ على الأَرض، وقبلَ رُجوعِ كلبِه: كُرِه؛ لأن فِعلَ الْمَجوسيِّ إعانةٌ؛ لأنه لولا فِعلُه لَمَا قَدَر الْمُسلِمُ على صَيده بهذا

---

(١) في (هـ): بحال يعلم أنه يبلغ.

الرَّمْيِ، والشَّرِكةُ تُوجِبُ الحُرمةَ، فالإعانةُ تُوجِبُ الكَراهةَ.

أما إذا فَعَل ذلك بعدَ وُقوعِ سهمِ الْمَجوسيِّ على الأَرض، أو بعدَ رُجوعِ كلبِه: لا يُكرَهُ؛ لأن فِعلَ الْمَجوسيِّ لم يَبقَ حالَ رميِ الْمُسلِمِ أو إرسالِه.

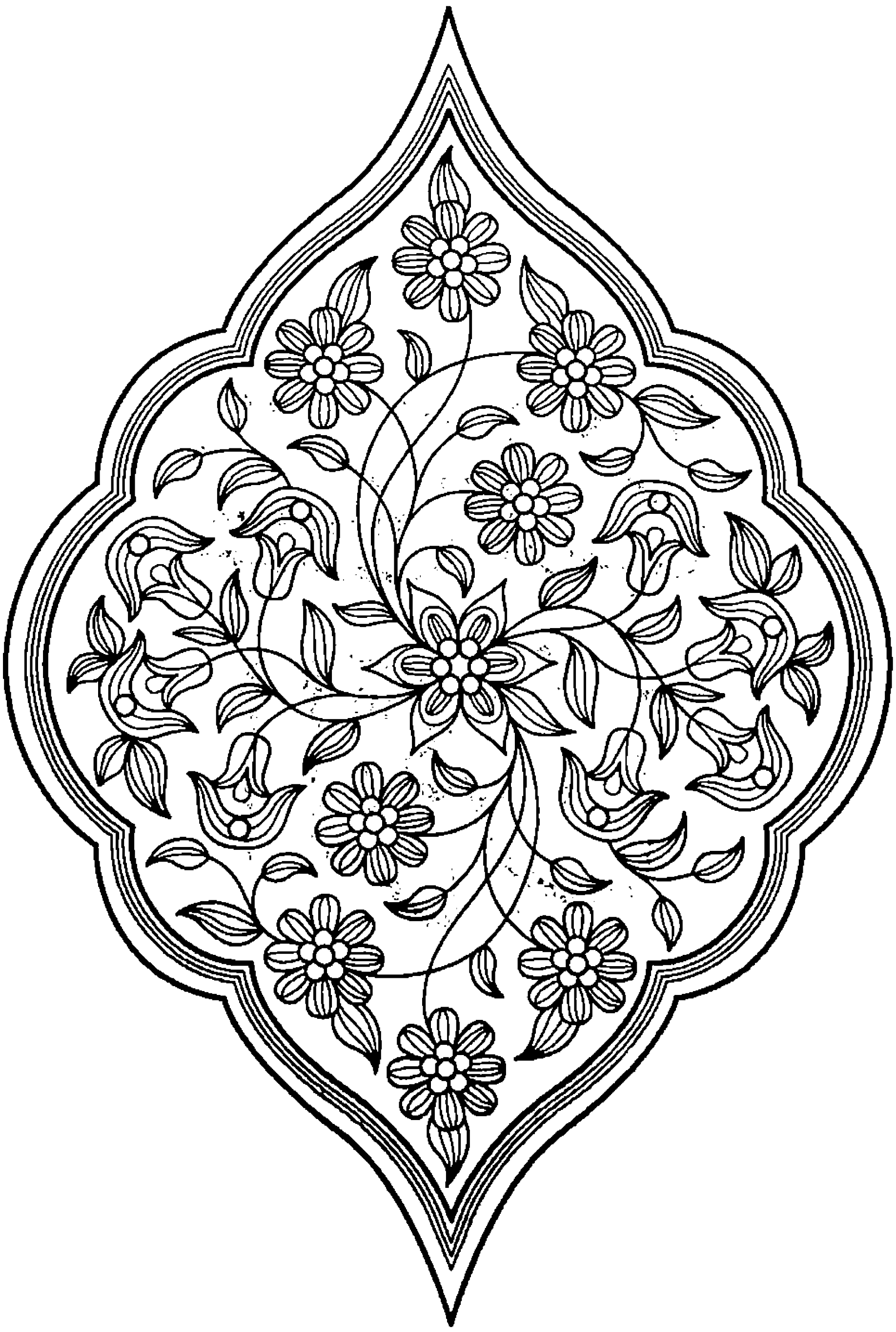
رَمى سهمًا، وصَرَفه الرِّيحُ عن سَنَنه[1]: حَرُم، ولو زاد بها قُوّةً، أو مال وبَقِي على سَنَنه: حلّ.

رَمى سهمًا[2] إلى صيدٍ، فصَرَفتْه الرِّيحُ عن سَنَنه يَمنةً أو يَسرةً، فأَصاب صيدًا وقَتَله: حَرُم؛ لانقِطاع فِعلِ الرّامِي، فصار قَتيلَ الرِّيحِ، ولو زاد بها قُوّةً أو مال، وبَقِي على سَنَنه: حَلّ؛ لعَدَم إمكانِ الاحتِرازِ عنه، واللهُ أعلَمُ.

(١) السَّنَن: الوجه من الأرض، وفيه لغات.. أجودها بفتحتين، والثانية بضمتين، والثالثة وزان رُطب، ويقال: تنحَّ عن سَنَن الطريق، وعن سنن الخيل، أي عن طريقها، وفلان على سنن واحد، أي طريق. «المصباح» ١/ ٢٩١.

(٢) في (ز): سيفًا.

كِتَابُ الرَّهْنِ



كِتابُ الرَّهنِ

كِتابُ الرَّهنِ

حبسُ شيءٍ بحقٍّ يُمكِنُ استيفاؤُه منه، كالدَّين.

يُقالُ: رَهنتُ الرَّجُلَ الشَّيءَ، ورَهَنتُه عندَه، وأرهَنتُه لُغةٌ، ورَهَنته ضَيعتي فارتَهَنها مني، أي: أخَذها رهنًا.

والرَّهنُ: الْمَرهونُ؛ تَسميةً بالْمَصدَر، والجمعُ: رُهونٌ، ورِهانٌ، ورُهُنٌ، وقُرِئَ بهما[1].

والرَّهينُ والرَّهينةُ: الرَّهنُ أيضًا.

والتَّركيبُ دالٌّ على الثَّبات والدَّوامِ.

وهو في اللُّغة: جعلُ الشَّيءِ مَحبوسًا، أيَّ شيءٍ كان، بأيِّ سبَبٍ كان، قال اللهُ تَعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدَّثِّر: ٣٨]، أي مَحبوسةٌ بوَبال ما كَسَبت من الْمَعاصِي.

وفي الشَّريعةُ: جعلُ الشَّيءِ مَحبوسًا بحقٍّ يُمكِنُ استيفاؤُه من الرَّهن، كالدُّيون، حتى لا يَصِحُّ الرَّهنُ إلا بدَينٍ واجِبٍ ظاهِرًا وباطِنًا، أو ظاهِرًا، فأما بدَينٍ مَعدومٍ: فلا يَصِحُّ؛ إذ حُكمُه ثُبوتُ يدِ الاستِيفاءِ، والاستِيفاءُ يَتلو الوُجوبَ.

---

(١) قال في «إتحاف فضلاء البشر» ص٢١٤: واختلف في ﴿فَرُهُنٌ﴾: فابن كثير وأبو عمرو بضم الراء والهاء من غير ألف، جمع رَهْن، كسَقْف وسُقُف، وافقهما ابن محيصن واليزيدي، والباقون بكسر الراء وفتح الهاء وألف بعدها، جمع رَهْن أيضًا، نحو: كعب وكعاب.

فإن قِيل: الرَّهنُ يَصِحُّ بالأعيان الْمَضمونةِ بنَفسها، كالْمَغصوب ونحوِه، ولا دَينَ.

قُلنا: الْمُوجَبُ الأصليُّ ثَمَّ القِيمةُ، وردُّ العَينِ مَخلَصٌ على ما عليه الجُمهورُ، وهو دَينٌ[1]، ولهذا تَصِحُّ الكَفالةُ به والإبراءُ عن الضَّمان حالَ قِيامِ العَينِ، ولولا أن الْمُوجَبَ الأصليَّ هو القِيمةُ لَمَا صَحّا[2]؛ لأن الإبراءَ عن العَين أو الكَفالةَ بها لا يَصِحُّ.

وعندَ البعضِ: وإن كان الْمُوجَبُ الأصليُّ ردَّ العَينِ، وردُّ القِيمةِ مَخلَصٌ.. فوُجوبُ القِيمةِ عندَ هَلاكِ العَينِ بالقَبض السّابقِ بطَريق الاستِنادِ، ولهذا تُعتبَرُ قِيمتُه يومَ القبضِ، فيَكونُ رهنًا بعدَ وُجودِ سبَبِ وُجوبه، فيَصِحُّ، كالكَفالة، ولهذا لا تَبطُلُ الحَوالةُ الْمُقيَّدةُ[3] بالعَين الْمَغصوبةِ بالهَلاك، بخِلاف الوَديعةِ؛ فإن الحَوالةَ الْمُقيَّدةَ بها تَبطُلُ بالهَلاك.

وشَرعيَّتُه:

بالكِتاب، وهو قولُه تَعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٣].

وبالسُّنّة، فقد اشترَى رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ من يَهوديٍّ طَعامًا بنَسيئةٍ ورَهَنه دِرعَه[4].

وعليه إجماعُ الأُمّةِ.

ولأنه وَثيقةٌ لجانِب الاستِيفاءِ، فصار كالوَثيقة في جانِب الوُجوبِ، وهي الكَفالةُ والحَوالةُ، فإنهما يَختصّان بالذِّمّة التي هي محَلُّ الوُجوبِ؛ إذ الذِّمّةُ تَصيرُ مَضمومةً إلى الذِّمّة في الْمُطالَبة، أو يَتحوَّلُ الدَّينُ من ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ أملأَ من الأُولى، والرَّهنُ عقدُ وَثيقةٍ

---

(١) في (ب) و(د): أو هو دين، والمثبت من (هـ) و(ز).

(٢) في (د): لما صح.

(٣) في (ب) و(د): المقدرة.

(٤) رواه البخاري (٢٠٩٦)، ومسلم (١٦٠٣).

بمالٍ، والمالُ محلٌّ لاستِيفاء الدَّينِ منه.

ولَزِم[1] بإيجابٍ وقَبولٍ، وقبضِه(ك) مَحوزًا، مُفرَّغًا، مُتميِّزًا[2].

ويَلزَمُ بالإيجاب والقَبولِ والقبضِ، قالُوا: الرُّكنُ مُجرَّدُ الإيجابِ؛ لأن الرَّهنَ عقدُ تبرُّعٍ؛ إذ الرّاهنُ لم يَستوجِب بما أثبَت للمُرتهِن من اليَد شيئًا على الْمُرتهِن، فيَتِمُّ بالْمُتبرِّع، كالهِبة والصَّدَقةِ.

واختَلَفوا في القَبول، فقال بعضُهم: إنه شرطٌ، وظاهِرُ ما ذَكَر في «الْمُحيط» يُشيرُ إلى أنه رُكنٌ، فإنه قال في الأَيمان: الإجارةُ بدُون القَبولِ ليست بإجارةٍ، وكذا الرَّهنُ، حتى لا يَحنَثُ من حَلَف أن لا يُؤْجِرَ أو لا يَرهَنَ بدوُن القَبولِ. وهكذا ذَكَر في «الْمُنتقى».

وأما القبضُ: فشرطُ اللُّزومِ[3]، وقال بعضُ أصحابِنا: هو شرطُ الجَوازِ.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَلزَمُ الرَّهنُ بالإيجاب والقَبولِ؛ لأنه عقدٌ يَختصُّ بالمال من الجانِبَين، فأشبَه البيعَ، ولأنه وَثيقةٌ بالدَّين بمَنزِلة الكَفالةِ والحَوالةِ، فيَلزَمُ بالقَبول.

والخِلافُ معه بِناءً على الخِلاف في الهِبة والصَّدَقةِ.

ولنا: ما تَلَونا[4]، والْمَصدَرُ إذا ذُكِر بحرف الفاءِ في مَوضِع الجَزاءِ يُرادُ به الأمرُ، كقَوله تَعالى: ﴿فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ﴾ [سيدنا محمد ﷺ: ٤]، فكان هذا أمرًا بالرَّهن بهذه الصِّفةِ، فيَبقى جَوازُه بدُون هذه الصِّفةِ.

ولأنه عقدُ تبرُّعٍ؛ لأنه شُرِع وَثيقةً بالدَّين، والوَثائِقُ ليست بواجِبة التَّحصيلِ، ولهذا

---

(١) في (م) و(ن): ويتمّ.

(٢) في (ن) و(ف): مميزًا.

(٣) في (هـ): فمشروط للزومه.

(٤) أي قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

لا يُجبرُ عليه، والتَّبرُّعُ لا يُفيدُ حُكمًا إلا بإمضائه، كالتَّبرُّع بالأَعيان هِبةً أو صَدَقةً، وذا بالقَبض، فإذا قَبضه الْمُرتهِنُ مَحوزًا مُفرَّغًا مُتميِّزًا تَمَّ العقدُ فيه؛ لوُجود القبضِ على الكَمال، فلَزِم العقدُ.

وقولُه: (مَحوزًا): أي مَقسومًا، وهو احتِرازٌ عن رَهن الْمُشاعِ، فإنه لا يَجوزُ عندَنا.

وقولُه (مُفرَّغًا): أي عن مِلك الرّاهنِ، وهو احتِرازٌ عن رَهن دارٍ فيها مَتاعُ الرّاهنِ.

وقولُه (مُتميِّزًا): أي لم يكن الرَّهنُ مُتَّصِلًا بغَيره اتِّصالَ خِلقةٍ، كما لو رَهَن الثَّمَرَ على رَأس الشَّجَرِ دونَ الشَّجَرِ؛ لأن الْمَرهونَ مُتَّصِلٌ بغَير الْمَرهونِ خِلقةً، فصار كالشّائع.

والتَّخليةُ(س) قبضٌ، كما في البَيع، وله رُجوعٌ قبلَه، وبه صار مَضمونًا(ف) بأَقَلَّ من قِيمته ومن دَينه.

ثم في ظاهِر الرِّوايةِ: قبضُ الرَّهنِ[1] يَثبُتُ بالتَّخلِية، كما في البَيع؛ لأنه قبضٌ بحُكم عقدٍ مَشروعٍ، بمَنزِلة قبضِ الْمَبيعِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا يَثبُتُ في الْمَنقول إلا بالنَّقل؛ لأنه قبضٌ مُوجِبٌ للضَّمان[2] ابتِداءً، بمَنزِلة الغصبِ، فكما أن الْمَغصوبَ لا يَصيرُ مَضمونًا بالتَّخلِية بدُون النَّقلِ فكذا الْمَرهونُ، بخِلاف الشِّراءِ؛ لأن قبْضَه ناقِلٌ للضَّمان من البائِع إلى الْمُشتَري، لا أن يَكونَ مُوجِبًا للضَّمان ابتِداءً.

والأَوَّلُ أصحُّ؛ لأن حَقيقةَ الاستِيفاءِ تَثبُتُ بالتَّخلِية، فالقبضُ الْمُوجِبُ ليَد الاستِيفاءِ أيضًا يَثبُتُ بالتَّخلِية، وما لم يَقبِضه فالرّاهنُ بالخِيار، إن شاء سَلَّمه، وإن شاء

(١) في (هـ): الراهن.

(٢) في (أ) و(ج): يوجب الضمان.

رَجع عن الرَّهن؛ لِما مَرَّ أن اللُّزومَ بالقَبض؛ إذ الْمَقصودُ إضجارُ الرّاهنِ ليَتسارَعَ إلى قَضاء الدَّينِ، وذا لا يَحصُلُ إلا بثُبوت يدِ الْمُرتهِنِ على الرَّهن ومنعِ الرّاهنِ عنه.

فإذا سَلَّمه إليه وقَبَضه: دَخَل في ضَمانه بالقبض.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إنه أمانةٌ، ولا يَسقُطُ شيءٌ من الدَّين بهلاكه، وبه قال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا يَغلَقُ الرَّهنُ، لصاحِبه غُنمُه، وعليه غُرمُه»[1].

وزَعَم أن مَعنى قولِه: «لا يَغلَقُ الرَّهنُ»: لا يَصيرُ مَضمونًا بالدَّين، وقولُه: «لصاحِبه غُنمُه»: أي زَوائِدُه تكونُ له، «وعليه غُرمُه»: أي لو هَلَك يَهلِكُ على الرّاهِن.

ولأن الرَّهنَ وَثيقةٌ بالدَّين، فهَلاكه لا يُسقِطُ الدَّين، كما لا يَسقُطُ بهَلاك الصَّكِّ وموتِ الشُّهودِ؛ وهذا لأن بعَقد الوَثيقةِ يَزدادُ مَعنى الصِّيانةِ، فلو قُلنا بأنه يَسقُطُ دَينُ الْمُرتهِنِ بهَلاكه لكان ضِدَّ ما اقتَضاه العقدُ؛ لأن الحقَّ به يَصيرُ بعَرَض التَّوى، وذلك ضِدُّ مَعنى الصِّيانةِ.

ألا تَرى أن ما زاد على قَدْر الدَّينِ أمانةٌ في يَد الْمُرتهِن، والقبضُ في الكلِّ واحِدٌ، فلا يَجوزُ أن يَثبُتَ حُكمُ الضَّمانِ بهذا القبضِ في البَعض دونَ البعضِ.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لرَجُلٍ ارتَهَن فرَسًا بحقٍّ له على آخرَ، فهَلَك عندَه: «ذَهَب حقُّك»[2]، ولا يَجوزُ أن يُرادَ به: ذَهَب حقُّك في الحَبس؛ لأنه مَحسوسٌ لا يُحتاجُ فيه إلى البَيان، ولأنه ذَكَر الحقَّ مُعرَّفًا بالإضافة، فيُرادُ به الْمُنكَرُ[3] الذي سَبَق

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٢٧٩٩)، وابن حبان (٥٩٣٤)، والبزار (٧٧٤١)، والدارقطني (٢٩٢٠)، والحاكم (٢٣١٥)، وصدر الحديث عند ابن ماجه (٢٤٤١)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٣١٩.

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٢٧٨٥)، وأبو داود في «مراسيله» (١٨٨)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٥٨٩٤)، والبيهقي في «المعرفة» (١١٧٥٦).

(٣) في (ب): فيراد المثل.

ذِكرُه، كقوله تعالى: ﴿فَعَصَىٰ فِرۡعَوۡنُ ٱلرَّسُولَ﴾ [المزمل: ١٦].

وقولُه عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إذا عَمِي الرَّهنُ فهو بما فيه»(١)، أي: إذا اشتبهت قِيمةُ الرَّهنِ بعدَما هَلَك، بأن قال الرّاهنُ: (لا أدري كم كانت قِيمتُه)، وقال الْمُرتهِنُ كذلك: فهو بما فيه من الدَّين.

وإجماعُ الصَّحابةِ والتّابِعين رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُمۡ على أن الرَّهنَ مَضمونٌ، وإن اختلَفوا في كَيفيّته(٢)، فقال أبو بكرٍ وعليٌّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُمَا: هو مَضمونٌ بالقِيمة، وقال عمرُ وابنُ مَسعودٍ

---

(١) رواه أبو داود في «مراسيله» (١٨٩)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٥٨٩٥)، والدارقطني (٢٩١٧)، والبيهقي (١١٢٢٣). وانظر «نصب الراية» ٤/ ٣٢١.

(٢) قال في «البناية» ١٢/ ٤٧٤: لأنه لم يرد عن أحد منهم أن الرهن في مقدار الدين غير مضمون، بل هم اتفقوا على أنه مضمون في مقدار الدين، مع اختلافهم في كيفيته، أي في كيفية الضمان، يعني ليس اختلافهم إلا في كيفية الضمان، فقال أبو بكر وعلي رضي الله تعالى عنهما: مضمون بالقيمة، وقال ابن عمر وابن مسعود وعمر رضي الله تعالى عنهم: هو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: هو مضمون بالدين، وهو قول شريح، قَلَّت قيمته أو كثرت، وهكذا اختلف التابعون، واختلافهم على ذلك إجماع منهم على أنه ليس قول رابع، إلا أن الشافعي أحدث قولًا رابعًا أنه أمانة، فيكون خرقًا للإجماع، كذا في «المبسوط». انتهى، ودعوى خرق الإجماع فيها ما فيها.

وبيض له العلامة الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٣٢٢، وقال في «الدراية» ٢/ ٢٥٨: لم أجد ذلك.

هذا قولهم عن الإجماع، وبوب البيهقي ٦/ ٦٧ فقال: باب من قال: الرهن مضمون، ذكر فيه حديث: «الرهن بما فيه»، وحديث: «ذهب حقك» المارين، وروى (١١٢٢٨) عن عبيد بن عمير: أن عمر بن الخطاب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُ قال في الرجل يرتهن الرهن فيضيع قال: إن كان أقل مما فيه يرد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمين. هذا ليس بمشهور عن عمر، واختلفت الروايات فيه عن علي بن أبي طالب، فروي عنه... (١١٢٢٩) عن خلاس عن علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُ قال: إذا كان في الرهن فضل.. فإن أصابته جائحة فالرهن بما فيه، فإن لم تصبه جائحة فإنه يرد الفضل. ما روى خلاس عن علي أخذه من صحيفة، قاله=

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: هو مَضمونٌ بأقَلِّ من قِيمته ومن الدَّين، وقال ابنُ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: هو مَضمونٌ بالدَّين، قَلَّت قِيمتُه أو كَثُرت، وهو قولُ شُرَيحٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

والقولُ[1] بالأمانة خرقٌ للإجماع، ولم يَفهَم أحدٌ من أَهل اللُّغةِ من قَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا يَغلَقُ الرَّهنُ» نفيَ الضَّمانِ عن الْمُرتهِن.

وذَكَر الكَرخيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عن السَّلَف، كطاووسٍ وإبراهيمَ وغيرِهما: أنهم اتَّفقوا على أن الْمُرادَ به: لا يُحبَسُ الرَّهنُ عندَ الْمُرتهِنِ احتِباسًا لا يُمكِنُ فكاكُه، بأن يَصيرَ مَملوكًا للمُرتهِن[2].

والدَّليلُ عليه: ما رُوِي عن الزُّهريّ[3]: أن أهلَ الجاهِليّةِ يَرتهِنون ويَشترِطون على

= يحيى بن معين وغيره من الحفاظ، وروي عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مطلقًا: يترادان الفضل... ثم ذكر آثارًا أخرى عنه في ذلك، ثم عن التابعين.

(١) في سوى (أ) و(ج): فالقول.

(٢) روى الطحاوي في «معاني الآثار» (٥٨٩٠) عن أبي عبيد قال: ثنا جرير عن مغيرة عن إبراهيم في رجل دفع إلى رجل رهنًا وأخذ منه دراهم، وقال: إن جئتك بحقك إلى كذا وكذا وإلا وَفَى الرهن لك بحقك. فقال إبراهيم: لا يغلق الرهن، قال أبو عبيد: أفجعله جوابًا لمسألته؟

وقد روي عن طاووس نحو من هذا، بلغني ذلك عن ابن عيينة عن عمرو عن طاووس.

قال أبو عبيد: وأخبرني عبد الرحمن بن مهدي عن مالك بن أنس وسفيان بن سعيد أنهما كان يفسرانه على هذا التفسير. انتهى.

قلت: روى الإمام مالك في «الموطأ» ٢/ ٧٢٨، عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا يغلق الرهن»، قال مالك: وتفسير ذلك فيما نُرى والله أعلم: أن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشيء، وفي الرهن فضل عما رهن به، فيقول الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك إلى أجل يسميه له، وإلا فالرهن لك بما رهن فيه، قال: فهذا لا يصلح ولا يحل، وهذا الذي نهي عنه، وإن جاء صاحبه بالذي رهن به بعد الأجل فهو له، وأرى هذا الشرط منفسخًا.

(٣) في (هـ): الزبيري.

الرّاهِن أنه إن لم يَقضِ الدَّينَ إلى وَقت كذا.. فالرَّهنُ مَملوكٌ للمُرتهِن، فأبطَل رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذلك بقوله: «لا يَغلَقُ الرَّهنُ»(١).

وقِيل لسَعيد بنِ المُسيَّبِ: أهو قولُ الرَّجُلِ: (إن لم تَأتِ بالدَّين إلى وَقت كذا فالرَّهنُ بيعٌ بالدَّين)؟ فقال: نعم(٢).

ولأن الثّابتَ للمُرتهِن مِلكُ اليدِ والحبسُ؛ لأنه يُنبئُ عن الحَبس الدّائمِ، كما(٣) قال الشّاعرُ:

وفارَقَتْك برَهْنٍ لا فَكاكَ له ... يومَ الوَداعِ فأمسى الرَّهنُ قد غَلِقا

أي: ارتَهَنَت قلبَه فذَهَبت به، واحتبَس قلبَه عندَها على وجهٍ لا فَكاكَ له.

فدَلَّ أنه يُوجِبُ حبسَ الرَّهنِ بالدَّين دائِمًا، وذا إنما يَكونُ بمِلك الحبسِ واليدِ، وذا لا يَكونُ إلا بالضَّمان، وهذا كالكَفالة والحَوالةِ، فإنهما للضَّمِّ والنَّقلِ لُغةً، ولضمِّ الذِّمّةِ إلى الذِّمّة في الْمُطالَبة، ونقلُ الدَّينِ من ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ شَريعةً؛ ليُطابِقَ الشَّرعيُّ اللُّغويَّ؛ إذ هو الأصلُ.

ولأن الرَّهنَ وَثيقةٌ لجانِب الاستِيفاءِ، حتى اختَصَّ بما يُمكِنُ استِيفاءُ الدَّينِ منه، وهو المالُ الْمُتقوِّمُ، واختَصَّ بحقٍّ يُمكِنُ استِيفاؤُه من الرَّهن، وهو الدَّينُ، حتى لا يَصِحُّ الرَّهنُ بالأعيان ولا بالعُقوبات، كالقِصاص والحُدودِ، وكان لصاحِبِ الحقِّ قِبَلَه

(١) لعله يشير إلى رواية الإمام مالك عن الزهري الواردة في التخريج السابق، والله أعلم.

(٢) روى أبو داود في «المراسيل» (١٨٦) عن الزهري، عن ابن المسيب: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا يغلق الرهن»، قلت له: أرأيتك قولك لا يغلق الرهن، أهو الرجل يقول: إن لم آتك بمالك فهذا الرهن لك؟ قال: نعم، قال: وبلغني عنه بعد أنه قال: إن هلك لم يذهب حق هذا إنما هلك من رب الرهن، له غنمه وعليه غرمه.

(٣) مثبتة من (ب) و(د).

حَقّان: وُجوبٌ، وهو يَختصُّ بالذِّمَم، واستِيفاءٌ، وهو يَختصُّ بالأموال، وعقدُ الرَّهنِ يَختصُّ بالمال دونَ الذِّمّةِ، فعُلِم أنه وَثيقةٌ لجانِب الاستِيفاءِ، والوَثيقةُ بالشَّيء إنما تكونُ بزِيادةٍ من جِنسه.

فعُلِم أن حُكمَ الرَّهنِ ثُبوتُ مِلكِ اليدِ، والحبسُ، وكونُه مَضمونًا على القابِض بما استُوفِي به، كما في حَقيقة الاستِيفاءِ، فإن الْمُستوفَى ثَمَّ يَكونُ مَضمونًا على الْمُستوفِي[1]، وله على الْمُوفِي مِثلُ ذلك، فصار قِصاصًا به، فكذا إذا قَبَضه رهنًا، وصار مَضمونًا عليه بهذه اليدِ.

فإذا هَلَك وَجَب على الْمُرتهِن للرّاهِن مِثلُ ما كان للمُرتهن على الرّاهِن، فصار قِصاصًا، وفي الْمُقاصّة آخِرُ الدَّينَين يَكونُ قَضاءً عن أوَّلهما، فيَكونُ الْمُرتهِنُ مُستوفيًا حقَّه، ولهذا يَثبُتُ الضَّمانُ بقَدْر الدَّينِ؛ لأن الاستِيفاءَ به يَتحقَّقُ، فكأن الرّاهنَ جَعَل قَدْرَ الدَّينِ[2] في وِعاءٍ وسَلَّمه إلى ربِّ الدَّينِ يَستوفي حقَّه منه، فعندَ هَلاكِه في يَده يَتِمُّ استِيفاؤُه في مِقدار حقِّه، ولهذا كان الفضلُ أمانةً، كما لو جَعَل خَمسةَ عشَرَ دِرهَمًا في كِيسٍ، ودَفَعه إلى ربِّ الدَّينِ ليَستوفيَ دَينَه منه عشَرةً، فيَكونُ أمينًا في الزِّيادة، ولهذا جَعَلنا العَينَ أمانةً في يَد الْمُرتهِنِ؛ لأن الاستِيفاءَ يَحصُلُ من الماليّة دونَ العَينِ، فالاستِيفاءُ بالعَين يَكونُ استِبدالًا، والْمُرتهِنُ عندَنا مُستوفٍ لا مُستبدِلٌ.

وإنما يَتحقَّقُ الاستِيفاءُ بجِنس الحقِّ، والْمُجانَسةُ بينَ الأموالِ باعتِبار صِفةِ الماليّةِ دونَ العَينِ، فكان هو أمينًا في العَين، كالكِيس في حَقيقة الاستِيفاءِ، ولهذا كانت نَفَقةُ الرَّهنِ على الرّاهِن في حَياته، وكَفَنُه بعدَ مَماتِه، وهذا مَعنى قولِه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ:

---

(١) في (هـ): المستوفى منه.

(٢) في (هـ): الرهن.

«وعليه غُرمُه»[1]، لا ما زَعَم.

وبهذا التَّقريرِ تَبيَّن أن مَعنى الصِّيانةِ يَتحقَّقُ إذا صار الْمُرتهِنُ بهلاك الرَّهنِ مُستوفيًا حقَّه، وإنما يَفوتُ ذلك إذا تَوِي دَينُه، فالاستِيفاءُ ليس بإتواءٍ للحقّ.

ثم مُوجَبُ العقدِ ثُبوتُ يدِ الاستِيفاءِ، وفيه مَعنى الصِّيانةِ، فإنه يَقعُ الأمنُ من جُحود الدَّينِ مَخافةَ جُحودِ الْمُرتهِنِ الرَّهنَ، ويَعجِزُ عن الانتِفاع بالرَّهن، فيَتسارَعُ إلى قَضاء الدَّينِ، ومن ضَرورته فَراغُ ذِمّةِ الرّاهنِ عندَ هَلاكِ الرَّهنِ وتَمامُ الاستِيفاءِ، وذا لا يُنافِي كونَه وَثيقةً ابتِداءً لصِيانة حقِّ الْمُرتهِنِ، كالحَوالة، فإنها تُوجِبُ الدَّينَ في ذِمّة الْمُحتالِ عليه صِيانةً لحقِّ الطّالبِ، وإن كان من ضَرورته فَراغُ ذِمّةِ الْمُحيلِ، وبه لا يَزولُ مَعنى الوَثيقةِ.

وبه فارَق هَلاكَ الشُّهودِ والصَّكِّ؛ لأن سُقوطَ الدَّينِ عندَنا باعتِبار ثُبوتِ يدِ الاستِيفاءِ إذا تَمَّ ذلك بهلاك الرَّهنِ، وذا لا يُوجَدُ في الصَّكِّ والشُّهودِ، وإنما لا يَصيرُ الْمُرتهِنُ قابِضًا بنفس الشِّراءِ: لأن الشِّراءَ يُلاقِي العَينَ، وقد مَرَّ أن العَينَ أمانةٌ، وقبضُ الأمانةِ دونَ قبضِ الشِّراءِ، فلا يَنوبُ عنه.

وإذا ثَبَت الاستِيفاءُ من وجهٍ وتَمَّ بالهَلاك.. فلو استَوفاه ثانِيًا يُؤدِّي إلى الرِّبا، والتَّحرُّزُ عن الرِّبا واجِبٌ، ولا ذلك[2] إلا بالتَّحرُّز عن استِيفاء الدَّينِ، فيَجِبُ التَّحرُّزُ عن استِيفاء الدَّينِ؛ لأن ما لا يُتوصَّلُ إلى الواجِب إلا به يَجِبُ كوُجوبه.

بخِلاف حالةِ القِيامِ؛ لأنه يُمكِنُ نقضُ هذا الاستِيفاءِ بالرَّدِّ على الرّاهِن، فلا يَتكرَّرُ الاستِيفاءُ، ولا يُمكِنُ هنا استِيفاءُ الصُّورةِ إلا بنَقض الاستِيفاءِ الذي سَبَق، ولا يُمكِنُه

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (ب): ولا يحصل ذلك، وفي (د): لا يكون ذلك.

ذلك لِمَكان الهلاكِ، فيَصيرُ ذاهِبًا بالدَّين ضَرورةً.

فإن قِيل: لو كانت هذه يدَ استيفاءٍ لأوجَب الْمِلكَ في الْمُستوفَى.

قُلنا: لم نَقُل إنه يدُ استيفاءٍ، بل يدُ وَثيقةٍ للاستيفاء، والاستيفاءُ حَقيقةً تُثبِتُ الْمِلكَ، وهو مُتأخِّرٌ بالهلاك.

فالحاصِلُ: أن حُكمَ الرَّهنِ عندَنا: أن يَصيرَ الرَّهنُ مَحبوسًا بالدَّين، ويَصيرَ مُستوفِيًا دَينَه من وجهٍ بقَبضه[1]، ويَتقرَّرُ ذلك بالهلاك، فيَسقُطُ الدَّينُ.

ويَسري هذا الحُكمُ إلى الوَلَد؛ لأنه يُملَكُ بمِلك الأصلِ.

وليس للرّاهِن استِردادُه ورُكوبُه وشُربُ لبَنِه؛ لأنه يُنافِي مُوجَبَه، وهو مِلكُ الحبسِ للمُرتهِن على الدَّوام.

ورهنُ الْمُشاعِ لا يَصِحُّ؛ لأن قبْضَه على الدَّوام لا يُوجَدُ فيه؛ إذ في الْمُهايأة يَفوتُ حبسُه يومَ قبضِ الرّاهنِ.

وعندَه: صَيرورةُ الْمُرتهِنِ أحقَّ به بيعًا بدَينه، وعندَ البيعِ هو أحقُّ بثَمَنه، فإذا هَلَكَ لا يَسقُطُ الدَّينُ؛ لأنه أمانةٌ عندَه.

ولا يَسري إلى الوَلَد؛ لأن تَعيُّنَ عَينٍ للبَيع[2] لا يَقتَضي تَعيُّنَ عَينٍ أُخرى للبَيع.

وصَحَّ[3] رهنُ الْمُشاعِ؛ لأنه يَجوزُ بيعُه، وللرّاهِن استِردادُه ورُكوبُه وشُربُ لبَنِه؛ لبَقائه على مِلكه، ولا يُنافِي مُوجَبَه، وهو تَعيُّنُه للبَيع.

---

(١) في (هـ): يقتضيه.

(٢) في (ب) و(د): المبيع، وفي (هـ): المبيع.

(٣) أي عند الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ.

فلو هَلَك وقِيمتُه مِثلَ دَينِه: صار مُستوفِيًا، وإن كانَت أكثَرَ من دَينه: فالفضلُ أمانةٌ(ز)، وبقَدْره: صار مُستوفِيًا، وإن كانَت أقَلَّ: صار مُستوفِيًا بقَدْره، ورَجَع بالفَضل.

ثم هو عندَنا مَضمونٌ بأقَلَّ من قِيمته ومن الدَّين، فلو هَلَك في يَد الْمُرتهِنِ وقِيمتُه مِثلَ دَينِه صار الْمُرتهِنُ مُستوفيًا لدَينه.

وإن كانت قِيمةُ الرَّهنِ أكثَرَ من دَينه: فالفضلُ أمانةٌ، وبقَدْر[1] الدَّينِ صار مُستوفِيًا؛ لأن الضَّمانَ باعتِبار الاستِيفاءِ، والاستِيفاءُ بقَدْر الدَّينِ.

وإن كانت[2] أقَلَّ: صار مُستوفِيًا بقَدْره، ورَجَع الْمُرتهِنُ بالفَضل.

بَيانُه[3]: إذا رَهَن ثَوبًا قِيمتُه عشَرةٌ بعشَرةٍ، فهَلَك عندَ الْمُرتهِنِ: سَقَط دَينُه، فإن كانت قِيمةُ الثَّوبِ خَمسةً يَرجِعُ الْمُرتهِنُ على الرّاهِن بخَمسةٍ أُخرى.

وإن كانت قِيمتُه خَمسةَ عشَرَ فالفضلُ أمانةٌ عندَنا.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَرجِعُ الرّاهنُ على الْمُرتهِن بخَمسةٍ؛ لأن الرَّهنَ عندَه مَضمونٌ بالقِيمة؛ لقَول عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: يَترادّان الفضلَ في الرَّهن[4]، ولأن الزِّيادةَ على الرَّهن مَرهونةٌ؛ لكَونها مَحبوسةً به، فتكونُ مَضمونةً، كقَدْر[5] الدَّينِ.

ومَذهَبُنا مَرويٌّ عن عمرَ وابنِ مَسعودٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا[6].

---

(١) في (ب) و(د): بقدر.

(٢) في (ب) و(د): كان.

(٣) في (هـ): فإنه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) في (د) و(هـ): بقدر.

(٦) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣٢٣: : أخرج البيهقي (١١٢٢٨) عن عمر قال في الرجل يرتهن =

ولأن الرَّهنَ مَقبوضٌ للاستِيفاء، والْمَقبوضُ بجِهة الشَّيءِ كالْمَقبوض بحَقيقته في حُكم الضَّمانِ، كالْمَقبوض على سَوم الشِّراءِ يُجعَلُ كالْمَقبوض[1] بحَقيقته في حُكم الضَّمانِ، ثم الْمَقبوضُ[2] بحَقيقة الاستِيفاءِ مَضمونٌ على القابِض بقَدْر ما استُوفِي به، كما مَرّ، فكذا الْمَقبوضُ بجِهة الاستِيفاءِ.

والزِّيادةُ مَرهونةٌ ضَرورةَ امتِناعِ حبسِ الأصلِ بدُونها، والثّابتُ ضَرورةً يَتقدَّرُ بقَدْرها، ولا ضَرورةَ في حقِّ الضَّمانِ؛ لِصِحّة الرَّهنِ مع عدَمِ الضَّمانِ، كما إذا استَعار الرّاهنُ الرَّهنَ.

والْمُرادُ بالتَّرادِّ في الأثَر[3]: حالةَ البيعِ، أي إذا باع الرَّهنَ يَرُدُّ ما زاد على الدَّين، ولو كان الدَّينُ زائِدًا يَرُدُّ الرّاهنُ[4]؛ بدَليل ما رَوى محمدُ بنُ الحنَفيّةِ عن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُما أنه قال: الْمُرتهِنُ في الفَضل أمينٌ[5].

=الرهن فيضيع، قال: إن كان أقل مما فيه: رد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر: فهو أمين، وروى ابن أبي شيبة (٢٢٨٠٣) والطحاوي (في «معاني الآثار» ٥٨٩٧) عنه، قال: إذا كان الرهن بأكثر مما رهن به فهو أمين في الفضل، وإذا كان بأقل رد عليه، ورواه البيهقي وقال: هذا ليس بمشهور عن عمر.

والرواية عن ابن مسعود غريبة.

(١) في (ب) و(د): المقبوض.

(٢) في (هـ): المضمون.

(٣) في قول سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه المار آنفًا: إن كان أقل مما فيه رد عليه تمام حقه.

(٤) في (ز): الرهن.

(٥) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣٢٣: رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٢٧٩٥) حدثنا وكيع عن علي بن صالح عن عبد الأعلى بن عامر عن محمد بن الحنفية عن علي قال: إذا كان الرهن أكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه، لأنه أمين في الفضل، وإذا كان أقل مما رهن به فهلك رد الراهن الفضل. انتهى. وأخرج (٢٢٨٠٣) نحوه عن عمر حدثنا أبو عاصم عن عمران القطان عن مطر عن عطاء عن عبيد=

وطالَبه بدَينه، وحَبَسه به.

وللمُرتهِن أن يُطالِبَ الرّاهنَ بدَينه ويَحبِسَه به؛ لبَقاء حقِّه بعدَ الرَّهنِ، وإنما الرَّهنُ لزِيادة الصِّيانةِ، فلا تَمتنِعُ به الْمُطالَبةُ، فإذا ظَهَر مَطلُه عندَ القاضِي حَبَسه؛ لأنه جَزاءُ الظُّلمِ، وقد مَرَّ بَيانُه في كِتاب القَضاءِ.

وأُمِر الْمُرتهِنُ بإِحضار رهنِه، والرّاهِنُ بأَداء دَينِه أوَّلًا، وكذا لو في غَير بَلَدِ الرَّهنِ ولا حَمْلَ له، وإن كان أَخَذ دَينَه، ولا يُكلَّفُ إحضارَه.

وإذا طَلَب[1] الْمُرتهِنُ الرّاهنَ[2] بالدَّين أُمِر الْمُرتهِنُ بإِحضار الرَّهنِ؛ لأن قبْضَ الرَّهنِ قبضُ استِيفاءٍ، فلو أُمِر بقَضاء الدَّينِ قبلَ إحضارِ الرَّهنِ ربما يَهلِكُ الرَّهنُ بعدَ ذلك[3]، أو يَكونُ هالِكًا قبلَ ذلك، فيَصيرُ مُستوفِيًا دَينَه مرّتَين.

فإذا أحضَره أُمِر الرّاهنُ بتَسليم دَينِه أوَّلًا؛ ليَتعيَّنَ حقُّه كما تَعيَّن حقُّ الرّاهنِ؛ تَحقيقًا للتَّسوِية، كما في تَسليم الْمَبيعِ والثَّمَنِ، يُحضِرُ الْمَبيعَ ثُم يُسلِّمُ الثَّمَنَ أوَّلًا.

وكذا إن طالَبه بالدَّين في غَير بلَدِ الرَّهنِ، ولا حَمْلَ له ولا مُؤنةَ؛ لأن الأماكِنَ كلَّها كمَكان العقدِ فيما لا حَمْلَ له ولا مُؤنةَ؛ ألا تَرى أنه لا يُشترَطُ فيه بَيانُ مَكانِ الإيفاءِ في السَّلَم بالإجماع، فيُؤمَرُ بإِحضاره.

وإن كان له حَمْلٌ ومُؤنةٌ يَأخُذُ دَينَه، ولا يُكلَّفُ الْمُرتهِنُ على إِحضار الرَّهنِ؛ لأن

=بن عمير عن عمر قال: إذا كان الرهن أكثر مما رهن به فهو أمين في الفضل، وإذا كان أقل رد عليه. انتهى.

(١) في (ز): طالب.

(٢) في (د): الرهن.

(٣) كذا في (ج) و(هـ)، وفي (ب) و(د): ربما يهلك الدين بالرهن بعد ذلك، وفي الباقي: ربما يهلك الدين بعد ذلك. وانظر «حاشية الشلبي على التبيين» ٦/ ٦٦.

الْمُرتهِنَ عاجِزٌ عن الإحضار، والتَّسليمُ غيرُ واجِبٍ عليه في بلَدٍ لم يَجر فيه العقدُ.

ولأن هذا نقلٌ، والواجِبُ عليه التَّسليمُ بمَعنى التَّخليةِ لا النَّقلُ من مَكانٍ إلى مَكانٍ؛ لأن العَينَ أمانةٌ، ولكن للرّاهِنِ أن يُحلِّفَه بالله ما هَلَكَ.

وكذا لو سُلِّط[1] العدلُ أو الْمُرتهِنُ على بَيعه، فباع بنقدٍ أو نَسيئةٍ، وطَلَب الدَّينَ.

ولو سَلَّط الرّاهنُ العَدْلَ أو الْمُرتهِنَ على بَيع الرَّهنِ، فباعه بنقدٍ أو نَسيئةٍ: صَحّ؛ لأنه سَلَّطه على البَيع مُطلَقًا، فلو طالَب الْمُرتهِنُ بالدَّين لا يُكلَّفُ الْمُرتهِنُ إحضارَ الرَّهنِ، بل يُؤمَر بقَضاء الدَّينِ؛ لأن الْمُرتهِنَ عاجِزٌ عن إِحضار الرَّهنِ؛ لحُصول البيعِ بأَمر الرّاهنِ وتَسليطِه.

وهَلاكُ الثَّمَنِ عندَ العدلِ، أو الْمُشتَري، أو الْمُرتهِنِ: عليه.

وهَلاكُ الثَّمَنِ عندَ العدلِ أو الْمُشتَري أو الْمُرتهِنِ قبلَ قَضاءِ الدَّينِ أو بعدَه: على الْمُرتهِنِ؛ لِقِيام الثَّمَنِ مَقامَ الرَّهنِ، وهَلاكُ الرَّهنِ كان على الْمُرتهِنِ، فكذا هَلاكُه.

وكُلِّف إحضارَه لإيفاء نجمٍ.

ولو قَبَضه يُكلَّفُ إحضارَه؛ لتَحوُّل حُكمِ الرَّهنِ إلى الثَّمَنِ؛ لأن للبَدَل حُكمَ الْمُبدَلِ، والْمُتولّي لقَبَض الثَّمَنِ البائِعُ؛ لأنه العاقِدُ، فتَرجِعُ الحُقوقُ إليه، وكما يُكلَّفُ إحضارَ الرَّهنِ لاستِيفاء كلِّ الدَّينِ يُكلَّفُ إحضارَه لإيفاء نجمٍ قد حَلَّ؛ لأنه لا ضرَرَ له في الإحضار، وفيه فَراغُ قلبِ الرّاهنِ عن تَوهُّم الهَلاكِ، ولكن لا يُسلِّمُ إلى أن يَقبِضَ جَميعَ الدَّينِ.

ولو قُتِل خطأً: لا يُؤمَرُ بقَضاء الدَّينِ حتى يُحضِرَ كلَّ القِيمةِ.

---

(١) سلطته على الشيء تسليطًا: مكنته منه، فتسلط: تمكن وتحكم. «المصباح» ١/ ٢٨٥.

ولو قتل رَجُلٌ العبدَ الْمَرهونَ خطأً، ووَجَبت قِيمتُه على عاقِلة القاتِلِ في ثَلاث سِنينَ: لا يُجبرُ الرّاهنُ على قَضاء الدَّينِ حتى يُحضِرَ كلَّ القِيمةِ؛ لأن القِيمةَ خلَفٌ عن الرَّهن، فلا بُدَّ من إِحضار كلِّها، كما لا بُدَّ من إِحضار كلِّ الرَّهنِ، وما صار العبدُ دَينًا بتَسليطٍ من جِهة الرّاهنِ، بخِلاف البيعِ؛ لأنه صار دَينًا بتَسليطه، فافترَقا.

ولو أودَعه العدلُ مَن في عِياله، أو غاب به، وقال الْمُودَعُ: (لم أدْرِ لمن هو): أُمِر بقَضاء الدَّينِ، وإن أنكَر الإيداعَ لا، حتى يُثبِتَ كونَه رهنًا.

ولو كان الرَّهنُ على يَد عَدْلٍ، وأُمِر أن يُودِعَه غيرَه، ففَعَله العَدلُ، ثم جاء الْمُرتهِنُ يَطلُبُ دَينَه: لا يُكلَّفُ الْمُرتهِنُ إحضارَ الرَّهنِ، وأُمِر الرّاهنُ بتَسليم الدَّينِ؛ لأن الرّاهنَ لم يَرضَ بيَد الْمُرتهِنِ، فلا يَلزَمُه إحضارُ ما ليس في يَده؛ ألا تَرى أن الْمُرتهِنَ لو أخَذه من العَدل يَكونُ غاصِبًا ضامِنًا، فكيف يَلزَمُه إحضارُ شيءٍ لو أخَذه يَصيرُ غاصِبًا؟!

ولو أودَعه العَدلُ عندَ من في عِياله وغاب[1]، وطَلَب الْمُرتهِنُ دَينَه، وقال الْمُودَعُ: (أودَعني فُلانٌ، ولا أدري لمن هو) أو (العَدلُ غاب بالرَّهن ولم يُدْرَ أين هو): لا يُكلَّفُ الْمُرتهِنُ إحضارَ الرَّهنِ، ويُجبرُ الرّاهنُ على قَضاء الدَّينِ؛ لأن الْمُرتهِنَ عاجِزٌ عن التَّسليم.

وإن أنكَر الْمُودَعُ الإيداعَ وقال: (هو مالي): لا يَملِكُ الْمُرتهِنُ قَبْضَ الدَّينِ؛ لأن بالجُحود تَوِي الرَّهنُ، فيَثبُتُ الاستيفاءُ، فلا يَملِكُ قَبْضَ الدَّينِ حتى يَثبُتَ كونُه رهنًا.

ولو في يَده: لا يُمكِّنُه من بَيعه حتى يَقضِيَه، فإن قَضى دَينَه سَلَّم رهنَه.

ولو كان الرَّهنُ في يَد الْمُرتهِنِ ليس عليه أن يُمكِّنَه من بَيعه حتى يَقضيَه الدَّينَ؛ لأن

---

(١) في (هـ): وغاب به.

حُكمَ الرَّهنِ الحبسُ الدّائمُ إلى أن يَقضيَ الدَّينَ.

فإذا قَضاه الدَّينَ قِيل له: (سَلِّم رهنَه إليه)؛ لأنه زال المانعُ من التَّسليم إليه؛ لوُصول الحقِّ إلى مُستحِقِّه، فلو قَضاه بعضَ الدَّينِ فله أن يَحبِسَ كلَّ الرَّهنِ حتى يَستوفيَ ما بَقِي، قَلَّ أم كَثُر؛ لأن الرَّهنَ مَحبوسٌ بالدَّين، فيَبقى ما بَقِي شيءٌ منه، كحقِّ الحبسِ للبائِع.

فلو هَلَك قبلَ التَّسليمِ استَردَّ الرّاهنُ ما قَضاه؛ لصَيرورته مُستوفِيًا عندَ هَلاكِ الرَّهنِ بقَبضه السّابِقِ، فكان الثّانِي استِيفاءً بعدَ استِيفاءٍ، فيُنقَضُ الاستِيفاءُ الثّانِي؛ تَفادِيًا عن الرِّبا، وكذا لو تَفاسَخا الرَّهنَ، ولم يُرَدَّ الرَّهنُ على وَجه الفسخِ على الرّاهِن: له حبسُه ما لم يَقبِض الدَّينَ أو يُبرِئه؛ لأن الرَّهنَ لا يَنفسِخُ مَقصودًا بالْمُناقَضة بالقَول[1]، حتى لا يَكونُ للرّاهِن حقُّ الأخذِ بغَير رِضا الْمُرتهِنِ بعدَ الْمُناقَضةِ، كما قبلَ الْمُناقَضةِ، فصار وُجودُ هذه الْمُناقَضةِ وعدَمُها بمَنزِلةٍ، فيَبقى مَضمونًا ما بَقِي القبضُ والدَّينُ؛ إذ الرَّهنُ إنما يَثبُتُ بالعَقد والقبضِ، فيَبقى ما بَقِي القبضُ.

ولو رَدَّه لا على وَجه الفسخِ، بل على وَجه العارِيّةِ: لا يَبطُلُ الرَّهنُ أيضًا، فلو هَلَك في يَده يَسقُطُ الدَّينُ إذا كان به وَفاءٌ بالدَّين؛ لبَقاء الرَّهنِ.

وليس للمُرتهن أن يَنتفِعَ بالرَّهن استِخدامًا وسُكنى ولُبسًا.. إلا أن يَأذَنَ له المالِكُ؛ لأن الثّابتَ له حقُّ الحبسِ دونَ الانتِفاعِ؛ وهذا لأن الانتِفاعَ يَكونُ بالعَين، وهو فيما يَرجِعُ إلى الصُّورة أمانةٌ.

وليس له أن يَبيعَ إلا بتَسليطٍ من الرّاهِن؛ لأن عقدَ الرَّهنِ لا يَقتَضي البيعَ، فلا يَملِكُه إلا بوَكالةٍ من قِبَل المالِكِ، وليس له أن يُؤجِرَ أو يُعيرَ؛ لأنه لَمّا لم يَملِك الانتِفاعَ بنَفسه لا يَملِكُ تَسليطَ غيرِه عليه، فإن فَعَل كان مُتعدِّيًا، ولم يَبطُل عقدُ الرَّهنِ بالتَّعدِّي.

(١) في (ب): بالعدل، وفي (د): بالعقد.

ويَحفَظُه بنفسه، وزَوجتِه، وولَدِه وخادِمِه[1] في عِياله.

وللمُرتهِن أن يَحفَظَ الرَّهنَ بنَفسه، وزَوجتِه، وولَدِه وخادِمِه الذي في عِياله.

ومَعناه: أن يَكونَ الولَدُ في عِياله أيضًا؛ لأن عَينَه أمانةٌ عندَه، والحِفظُ يَكونُ بهؤلاء، فمِلكُ الدَّفعِ إليهم، كما في الوَديعة.

وضَمِن بحِفظه بغَيرهم، وإيداعِه، وتَعدِّيه: قِيمتَه.

وإن حَفِظ بغَير من في عِياله أو أودَعه: ضَمِن.

وهل يَضمَنُ الثّاني؟ فهو على الخِلاف الذي مَرَّ في الوَديعة.

وإذا تَعدّى الْمُرتهِنُ في الرَّهن ضَمِنه ضَمانَ الغصبِ بجَميع قِيمتِه؛ لأن الزِّيادةَ على قَدْر الدَّينِ أمانةٌ، والأماناتُ تُضمَنُ بالتَّعدِّي.

ولو رَهَنه خاتَمًا فجَعَله في خِنصَره: فهو ضامِنٌ؛ لأنه مَأذونٌ في الحِفظ غيرُ مَأذونٍ في الاستِعمال، وهذا لُبسٌ واستِعمالٌ، فصار ضامِنًا.

واليُمنى واليُسرى في ذلك سَواءٌ؛ لأن النّاسَ يَختلِفون فيه تَجمُّلًا، ولو جَعَله في بَقِيّة الأصابعِ كان رهنًا بما فيه؛ لأنه لا يُلبَسُ كذلك عادةً، فكان من باب الحِفظِ دونَ الاستِعمالِ.

وكذا الطَّيلَسانُ إن لَبِسه لُبسًا مُعتادًا ضَمِن، وإن وَضَعه على عاتِقه لم يَضمَن.

ولو رَهَنه سَيفَين أو ثَلاثةً، فتَقلَّدها: لم يَضمَن في الثَّلاثة، وضَمِن في السَّيفَين؛ لأن العادةَ قد جَرَت بتَقلُّد سَيفَين في الحَرب، ولم تَجرِ بتَقلُّد الثَّلاثةِ.

وإن لَبِس خاتَمًا فوقَ خاتَمٍ يُرجَعُ إلى العادة، فإن كان اللّابسُ ممن يَتجمَّلُ بلُبس

---

(١) في (س) و(ع): وخادم.

خاتَمين ضَمِن، وإن كان لا يَتجمَّلُ بذلك فهذا حِفظٌ وليس بلُبسٍ، فلا يَضمَنُ.

وأُجرةُ بيتِ حِفظِه، وحافِظِه: على الْمُرتهن[1]، وأُجرةُ راعِيه، ونَفَقتُه: على الرّاهِن.

وأُجرةُ بيتٍ يُحفَظُ فيه الرَّهنُ وأُجرةُ الحافِظِ: على الْمُرتهِن، وأُجرةُ راعِيه ونَفَقةُ الرَّهنِ: على الرّاهِن.

والأصلُ: أن ما يَرجِعُ إلى البَقاء فهو على الرّاهِن، سَواءٌ كان في الرَّهن فضلٌ أو لم يكن؛ لأن العَينَ بَقِيت على مِلكه، وكذا مَنافِعُه مَملوكةٌ له، فيَكونُ إبقاؤُه عليه؛ لأنه مُؤنةُ مِلكِه، كما في الوَديعة، وذلك مِثلُ النَّفَقةِ في مَأكَله ومَشرَبِه وأجرِ الرّاعِي؛ لأنه يُحتاجُ إليه لعَلَف الحَيوانِ، فهو كالطَّعام والشَّرابِ.

ومن هذا الجِنسِ: كِسوةُ الرَّقيقِ، وأُجرةُ ظِئرِ ولَدِ الرَّهنِ، وسقيُ البُستانِ، وتَلقيحُ نَخيلِه وجَدادُه، والقِيامُ بمَصالِحه، وما يَرجِعُ إلى حِفظه فهو على الْمُرتهِن، وذلك مِثلُ أجرِ الحافِظِ؛ لأن الحِفظَ واجِبٌ عليه، والإمساكُ حقٌّ له، فيَكونُ بدَلُه عليه، وكذا أجرُ البيتِ الذي يُحفَظُ فيه الرَّهنُ في الرِّوايات الْمَشهورةِ؛ لأن الحِفظَ على الْمُرتهِن، ولا يَتأتّى الحِفظُ إلا في مَنزِلٍ، فمُؤنةُ ذلك تكونُ على الْمُرتهِن؛ وهذا لأنه في الحِفظ عامِلٌ لنَفسه؛ لأنه يُقصَدُ به إضجارُ الرّاهنِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أن كِراءَ الْمَأوى على الرّاهِن؛ لأنه بمَنزِلة النَّفَقةِ؛ لكَونه سعيًا في تَبقِيَته.

وما يَلزَمُه لردِّ العَينِ فهو على الْمُرتهِن، وذلك كجُعل الآبِقِ؛ لأن يدَ الاستِيفاءِ كانت ثابِتةً على المحَلّ، ويُحتاجُ إلى إعادة يدِ الاستِيفاءِ ليَرُدَّه على المالِك، فكانت من مُؤَن الرَّدِّ، فتكونُ عليه.

(١) في (م): وأجرة بيت حفظه على المرتهن وحافظه... إلخ.

وهذا إذا كانت قِيمةُ الرَّهنِ والدَّينِ سَواءً، فإن كانت قِيمةُ الرَّهنِ أكثَرَ فعلى الْمُرتهِن بقَدْرِ الْمَضمونِ، وعلى الرّاهِن بقَدْر الأمانةِ؛ لأنه في قَدْر الأمانةِ بمَنزِلة الْمُودَعِ.

وهذا بخِلاف أُجرةِ البيتِ؛ فإنه يَجِبُ الكلُّ على الْمُرتهِن، وإن كان في قِيمة الرَّهنِ فضلٌ؛ لأن ذلك إنما لَزِمه بسَبَب الحبسِ، وحقُّ الحبسِ في الكلِّ ثابِتٌ له، فأما الجُعلُ: فإنما لَزِمه لأَجل الضَّمانِ، فيَتقدَّرُ بقَدْر الْمَضمونِ.

ومُداواةُ الجُروحِ والقُروحِ، ومُعالَجةُ الأمراضِ، والفِداءُ من الجِناية.. تَنقسِمُ بقَدْر الأمانةِ والضَّمانِ؛ لأنها للإِصلاح، وبالإِصلاح يَنتفِعُ الْمُرتهِنُ في الْمَضمون، والرّاهِنُ في الأَمانة.

والخَراجُ على الرّاهِن خاصّةً؛ لأنه من مُؤَن الْمِلكِ، فيَكونُ عليه، كالنَّفَقة.

والعُشرُ فيما يَخرُجُ يَأخُذُه الإمامُ؛ لأن العُشرَ مُتعلِّقٌ بالعَين، فيَكونُ مُقدَّمًا على حقِّ الْمُرتهِنِ، ولا يَبطُلُ الرَّهنُ في الباقِي.

بخِلاف ما إذا استُحِقَّ بعضُ الرَّهنِ شائِعًا؛ لأن تَعلُّقَ العُشرِ بالخارِج لا يُخرِجُه عن مِلكه، ولهذا يَجوزُ بيعُه، وله الأداءُ من محلٍّ آخرَ، بخِلاف الاستِحقاقِ.

وكلُّ ما وَجَب على الرّاهِن فأدّاه الْمُرتهِنُ بغَير إذنِه، أو وَجَب على الْمُرتهِن فأدّاه الرّاهنُ بغَير إذنِه: فهو مُتطوِّعٌ؛ لأنه قَضى دَينَ غيرِه بغير أمرِه، وما أنفَق واحِدٌ منهما ما يَجِبُ على الآخَر بأَمر القاضِي: رَجَع عليه؛ لأن للقاضِي وِلايةً عامّةً، فكأن صاحِبَه أمَره به.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إذا كان الرّاهنُ غائِبًا، فأنفَق الْمُرتهِنُ بقَضاء القاضِي: رَجَع عليه، وإن كان حاضِرًا لم يَرجِع، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَرجِعُ في الوَجهَين.

وهذا فرعُ اختِلافِهم في الحَجر على الحُرّ، فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لو نَفَذ عليه أمرُ القاضِي حالَ حُضورِه يَصيرُ مَحجورًا عليه، ولا يَملِكُ حَجْرَه، بخِلاف حالِ غَيبتِه، وعندَهما: يَملِكُ الحَجْرَ عليه.

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لم يَجُز رهنُ مُشاعٍ(ف).

ولا يَجوزُ رهنُ الْمُشاعِ فيما يُقسَمُ وفيما لا يُقسَمُ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ؛ لأن مُوجَبَ الرَّهنِ استِحقاقُ البيعِ في الدَّين، والْمُشاعُ يَجوزُ بيعُه، فيَجوزُ رهنُه، كالْمَقسوم.

ولنا: أن مُوجَبَ الرَّهنِ ثُبوتُ يدِ الاستِيفاءِ للمُرتهِن، ويدُ الاستِيفاءِ في الجُزء الشّائعِ لا تَتحقَّقُ؛ لأن اليدَ حَقيقةً لا تَثبُتُ إلا على جُزءٍ مُعيَّنٍ.

فإن قِيل: كيف يَستقيمُ هذا والشُّيوعُ لا يَمنَعُ الاستِيفاءَ حَقيقةً؟! فإن من كان له على غَيره عشَرةٌ، فدَفَع إليه الْمَديونُ كِيسًا فيه عِشرون دِرهَمًا ليَستوفيَ حقَّه منه: يَصيرُ مُستوفِيًا حقَّه من النِّصف شائِعًا، وإذا لم يَمنَع الشُّيوعُ حَقيقةَ الاستِيفاءِ فكيف يَمنَعُ ثُبوتَ يدِ الاستِيفاءِ؟!

قُلنا: مُوجَبُ حَقيقةِ الاستِيفاءِ مِلكُ عَينِ الْمُستوفَى، والشُّيوعُ لا يَمنَعُ الْمِلكَ، ومُوجَبُ الرَّهنِ يدُ الاستِيفاءِ فقط، وذا لا يَتحقَّقُ في الجُزء الشّائعِ.

ولأن مُوجَبَ عقدِ الرَّهنِ دَوامُ يدِ الْمُرتهِنِ عليه من وَقت العقدِ إلى وَقت الفَكاكِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فهذا يَقتَضي أن لا يَكونَ مَرهونًا إلا في حالٍ يَكونُ مَقبوضًا فيه.

ولأن الْمَقصودَ بالرَّهن صِيانةُ حقِّ الْمُرتهِنِ عن التَّوى بالجُحود، أو إضجارُ الرّاهنِ ليَتسارَعَ إلى قَضاء الدَّينِ، وإنما يَحصُلُ هذا الْمَقصودُ بدَوام يدِ الْمُرتهِنِ عليه، ونَعني به: استِحقاقَ دَوامِ اليدِ لا وُجودَ يدِ الْمُرتهِنِ حِسًّا، وبالإعارة من الرّاهِن أو الغصبِ لا يَفوتُ الاستِحقاقُ، فلهذا لا يَبطُلُ به الرَّهنُ، وذلك لا يَتحقَّقُ مع الشُّيوعِ؛ لأنه يَحتاجُ إلى الْمُهايأة مع المالِكِ في الإمساك، فيَنتفِعُ المالِكُ به يومًا بحُكم الْمِلكِ، ويَحفَظُه الْمُرتهِنُ يومًا بحُكم الرَّهنِ، فهو بمَنزِلة قولِه: (رَهَنتُك يومًا ويومًا لا)، وإنه لا يَجوزُ؛ لأنه يُفَوِّتُ استِحقاقَ اليدِ للمُرتهِن في نَوبة الرّاهِنِ، فقد اقترَن بالعَقد ما يَمنَعُ مُوجَبَه، فلا يَصِحُّ العقدُ، ولهذا سَوَّينا في الرَّهن بينَ ما يَحتمِلُ القِسمةَ وبينَ ما لا يَحتمِلُ القِسمةَ.

بخِلاف الهِبةِ؛ حيث تَجوزُ فيما لا يَحتمِلُ القِسمةَ؛ لأن المانِعَ في الهِبة غَرامةُ القِسمةِ، وهي فيما يُقسَمُ لا فيما لا يُقسَمُ، ومُوجَبُ الهِبةِ الْمِلكُ، والْمُشاعُ يَقبلُه، والقبضُ شرطُ تَمامِ ذلك العقدِ، فيُراعى وُجودُه في كلِّ محَلٍّ بحَسَب الإمكانِ، ومُوجَبُ الرَّهنِ ثُبوتُ يدِ الاستِيفاءِ، والْمُشاعُ لا يَقبلُه، وإن كان لا يَحتمِلُ القِسمةَ، ولهذا لم نُجوِّز[1] رهنَ الْمُشاعِ من الشَّريك أيضًا؛ لأن مُوجَبَ العقدِ لا يَتحقَّقُ فيما أُضِيف إليه العقدُ، سَواءٌ كان العقدُ مع الشَّريكِ أو مع الأجنَبيِّ.

وعلى الوَجه الثّاني: يَسكُنُ يومًا بحُكم الْمِلكِ، ويومًا بحُكم الرَّهنِ، فصار كأنه رَهَن يومًا ويومًا لا.

والشُّيوعُ الطّارئُ -بأن رَهَن جَميعَ العَينِ، ثم تَفاسَخا العقدَ في النِّصف، ورَدَّه الْمُرتهِنُ- كالْمُقارِن في أنه مُبطِلٌ للرَّهن في الصَّحيح، حتى قالُوا في العَدْل إذا سُلِّط على بَيع الرَّهنِ كيف شاء فباع نِصفَه: يَبطُلُ الرَّهنُ في النِّصف الباقِي.

---

(١) في (ب): لم يجز، وفي (هـ) و(ز): لا يجوز.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الشُّيوعَ الطّارئَ لا يَمنَعُ بَقاءَ حُكمِ الرَّهنِ كما لا يَمنَعُ بَقاءَ الهِبةِ؛ لأن البقاءَ أسهَلُ من الابتِداء؛ ألا تَرى أن صَيرورةَ الْمَرهونِ دَينًا في ذِمّة غيرِ الْمُرتهِنِ يَمنَعُ ابتِداءَ الرَّهنِ ولا يَمنَعُ بَقاءَه، حتى إذا أتلَف الْمَرهونَ إنسانٌ، أو بِيعَ الْمَرهونُ بثمَنٍ: تكونُ القِيمةُ أو الثَّمَنُ رهنًا في ذِمّة مَن عليه، وابتِداءُ عقدِ الرَّهنِ مُضافًا إلى دَينٍ في الذِّمّة لا يَجوزُ.

وجهُ الأوَّلِ: أن الكَلامَ وَقَع في محَلِّ الرَّهنِ، وما يَرجِعُ إلى المحَلِّ فالبَقاءُ والابتِداءُ فيه سَواءٌ، كالْمَحرَميّة في النِّكاح.

فإن قِيل: إذا زَوَّج الأبُ ابنتَه من مُكاتَبه جاز، ولا يَبطُلُ بمَوت الأبِ، وإن تَزوَّجت مُكاتَبَها ابتِداءً لا يَجوزُ.

قُلنا: لأن الْمُكاتَبَ لا يُملَكُ بسبَبٍ من أَسباب الْمِلكِ، فكذا بالوِراثة، وفيما إذا تَزوَّجت مُكاتَبَها إنما لا يَجوزُ: لأن الْمِلكَ ثابِتٌ لها من وجهٍ، ونِكاحُ الْمَملوكِ من وجهٍ أو من كلِّ وجهٍ لا يَجوزُ.

بخِلاف الهِبةِ؛ لأن الْمُشاعَ محَلٌّ لحُكم الهِبةِ؛ فإن حُكمَها الْمِلكُ، والْمُشاعُ يَقبَلُ ذلك، والقبضُ إنما اعتُبِر في الابتِداء لنَفي الغَرامةِ على ما مَرّ، ولا حاجةَ إلى اعتِبار هذا الْمَعنى في حالة البَقاءِ؛ ألا تَرى أن الواهِبَ لو رَجَع في بَعض الهِبةِ بَقِيت الهِبةُ في الباقِي، ولا يَجوزُ فسخُ العقدِ في بَعض الرَّهنِ.

وثَمَرةٍ على نخلٍ دونَه، وزرعِ أرضٍ دونَها، ونخلٍ في أرضٍ دونَها.

ولا رهنُ ثمَرةٍ على النَّخل دونَ النَّخل، ولا زرعٍ في الأَرض دونَ الأرضِ، ولا رهنُ النَّخلِ في الأَرض دونَها؛ لأن الْمَرهونَ مُتَّصِلٌ بما ليس بمَرهونٍ خِلقةً، فكان بمَنزِلة الشّائع.

وكذا لو رَهَن الأرضَ دونَ النَّخلِ، أو دونَ الزَّرعِ، أو النَّخلَ دونَ التَّمرِ.

والأصلُ: أن الْمَرهونَ إذا كان مُتَّصِلًا بما ليس بمَرهونٍ لم يَجُز الرَّهنُ، كرَهن الْمُشاعِ؛ إذ لا يُمكِنُ قبضُ الْمَرهونِ وحدَه.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أن رهنَ الأرضِ بدُون الأشجارِ يَصِحُّ؛ لأن اسمَ الشَّجَرِ يَقَعُ على النّابِت[1] على الأرض، ولهذا يُسمّى بعدَ القطعِ جِذعًا لا شجَرًا، فكأنه استَثنى الأشجارَ بمَواضِعها من الأَرض، فكان عقدُ الرَّهنِ مُتناوِلًا ما سِوى ذلك الْمَوضِعِ من الأَرض، وهو مُعيَّنٌ مَعلومٌ.

بخِلاف ما لو رَهَن الدّارَ دونَ البِناءِ؛ حيث لا يَصِحُّ؛ لأن البِناءَ اسمٌ للمَبنيِّ دونَ مَكانِه من الأَرض، فصار راهِنًا جَميعَ الأرضِ، وهي مَشغولةٌ بمِلك الرّاهِنِ.

ولو رَهَن النَّخيلَ بمَواضِعها جاز؛ لأنه رَهَن بُقعةً مُعيَّنةً، ومُجاوَرتُه لغَيره لا تَمنَعُ صِحّةَ الرَّهنِ.

ولو كان في ذلك ثمَرٌ دَخَل في الرَّهن؛ لأنه تابعٌ للمَرهون؛ لاتِّصاله به، فإذا شَرَع في العَقد ولا صِحّةَ له إلا بعدَ دُخولِ[2] الثَّمَرةِ في العَقد.. فيَدخُلُ تبَعًا؛ تَصحيحًا للعَقد، بخِلاف ما إذا باع النَّخلَ؛ حيث لا تَدخُلُ ثَمَرتُه؛ لأن بيعَ النَّخلِ دونَ الثَّمَرةِ صَحيحٌ، فلم يكن بنا حاجةٌ إلى إدخال الثَّمَرةِ فيه بغَير تَسميةٍ.

ولو كان في الدّار مَتاعٌ قَليلٌ أو كَثيرٌ من الثِّياب والحُبوبِ وغيرِ ذلك مما يُنتفَعُ به: لم يَتِمَّ الرَّهنُ حتى يُفرَّغَ؛ لأن الدّارَ مَشغولةٌ بما فيها، فيَمنَعُ من التَّسليم.

ولو رَهَنها وما فيها، وخَلّى بينَه وبينَ ذلك وهو خارِجٌ منها: تَمَّ الرَّهنُ؛ لأن الكلَّ

---

(١) في (ب) و(هـ): الثابت.

(٢) في (ب) و(د): وجود.

مَرهونٌ، فتَمَّ القبضُ في الكلّ.

فإن قِيل: هلّا دَخَل الْمَتاعُ في الرَّهن وإن لم يُسَمِّه؛ تَصحيحًا للعقد، كالثَّمَر.

قُلنا: الثَّمَرُ تابعٌ للنَّخل، إلا أن هذه التَّبَعيّةَ ليست بلازِمةٍ؛ لأنها للقَطع، فجاز أن يَدخُلَ في الرَّهن، فأما الْمَتاعُ: فليس بتابعٍ بوجهٍ ما فلا يَدخُلُ بغَير تَسميةٍ.

وكذا يَدخُلُ الزَّرعُ والرَّطْبةُ في رَهن الأرضِ، ولا يَدخُلُ في البَيع؛ لِما بَيَّنّا في الثَّمرة.

وإذا قال: (رَهَنتُك هذه الدّارَ) أو (هذه الأرضَ) أو (هذه القَريةَ)، فأطلَق القولَ ولم يَخُصَّ شيئًا: دَخَل البِناءُ والغَرسُ؛ لأنهما يَدخُلان في البَيع على سَبيل التَّبَعِ، وإن لم تَفتقِر صِحّةُ البيعِ[1] إلى دُخولهما، فلأَن يَدخُلَ في الرَّهن وصِحّتُه مُفتقِرةٌ إلى دُخولهما أَولى.

ولو رَهَن الدّارَ بما فيها جاز، ولو استُحِقَّ بعضُه يُنظَرُ إلى الباقِي، فإن كان يَجوزُ ابتِداءُ الرَّهنِ عليه وحدَه بَقِي رهنًا بحِصّته، وإلا بَطَل كلُّه؛ لأن الْمُستحَقَّ لم يَدخُل في الرَّهن، فكان الرَّهنُ وارِدًا في الباقِي.

ويَمنَعُ التَّسليمَ كونُ الرّاهنِ أو مَتاعِه في الدّار الْمَرهونةِ، وكذا مَتاعُه في الوِعاء الْمَرهونِ.

ويَمنَعُ تَسليمَ الدّابّةِ الْمَرهونةِ الحَملُ عليها، فلا يَتِمُّ حتى يُلقى الحِملُ؛ لأنها مَشغولةٌ بالحِمل كشُغل الدّارِ بالْمَتاع.

ولو رَهَن الحِملَ دونَ الدّابّةِ ودَفَعها[2] إليه: كان رهنًا تامًّا في الحِمل؛ لأن الرَّهنَ ليس بمَشغولٍ بغَيره، ولا هو تابعٌ له، فصار كما لو رَهَن مَتاعًا في دارٍ أو وِعاءٍ دونَ الدّارِ

(١) في (هـ): العقد.

(٢) سقطت من (أ). وانظر «البدائع» ٦/ ١٤٠.

والوِعاءِ.

ولو رَهَن سَرْجًا على دابّةٍ، أو لِجامًا في رَأسها، فدَفَع إليه الدّابّةَ مع السَّرجِ واللِّجامِ: لم يكن رهنًا حتى يَنزِعَه من الدّابّة ثم يُسلِّمَه؛ لأنه من تَوابع الدّابّةِ، فصار كثَمَرة النَّخلِ، ولهذا قالُوا: لو رَهَن دابّةً عليها سَرْجٌ أو لِجامٌ: دَخَل ذلك في الرَّهن من غَير ذِكرٍ.

وحُرٍّ، ومُدبَّرٍ، ومُكاتَبٍ، وأُمِّ وَلَدٍ.

ولا يَجوزُ رهنُ الحُرِّ، والْمُدبَّرِ، والْمُكاتَبِ، وأُمِّ الولَدِ؛ لأن مُوجَبَ الرَّهنِ ثُبوتُ يدِ الاستِيفاءِ، والاستِيفاءُ من هذه الأعيانِ لا يُتصوَّرُ؛ لقِيام المانِعِ في هؤلاء.

وبأمانةٍ، وإن قال: (ضاعَت)، أو (رَدَدتُ)، وادَّعى صاحِبُه الاستِهلاكَ، أو سَكَت، وتَصالَحا(م)، بخِلاف ما لو جَحَد الإيداعَ، أو ادَّعى الاستِهلاكَ، وهو لم يَدَّعِ الرَّدَّ، والهَلاكَ، فاصطَلَحا.

ولا يَصِحُّ الرَّهنُ بالأَمانات، كالوَدائِع، والعَواريِّ، والْمُضارَباتِ، ومالِ الشِّرْكةِ؛ لأن مُوجَبَ الرَّهنِ ثُبوتُ يدِ الاستِيفاءِ للمُرتهِن، فكان قبضُ الرَّهنِ مَضمونًا، فلا بُدَّ من ضَمانٍ ثابِتٍ ليَقَعَ القبضُ مَضمونًا ويَتحقَّقَ استِيفاءُ الدَّينِ منه.

وإذا أودَعَ رَجُلًا وَديعةً فقال: (ضاعت) أو (رَددتُ)، وادَّعى الْمُودِعُ الاستِهلاكَ، أو كان الْمُودِعُ ساكِتًا، أو يَقولُ: (لا أَدري): لا يَجوزُ الصُّلحُ عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَجوزُ؛ بِناءً على أن البَراءةَ تَقَعُ بمُجرَّد دَعوى الرَّدِّ[1] عندَهما، وعندَه: تُشترَطُ اليَمينُ، فهو بالصُّلح افتَدى عن اليَمين، فصَحَّ.

---

(١) في (هـ) زيادة: لأن المودع مسلط من جهة رب المال على الحفظ، فيكون مسلطًا على الخبر عن ذلك، فيصير قوله متعديًا إلى المودع كأنه أقر به، ولو كان كذلك بطل الصلح لبطلان الدعوى كذا هنا.

بخِلاف ما لو جَحَد الإيداعَ وهو[1] يَدَّعي الوَديعةَ، أو ادَّعى الاستِهلاكَ وهو يُقِرُّ بالإيداع، ولم يَدَّعِ الرَّدَّ أو الهَلاكَ، فاصطَلَحا: يَجوزُ الصُّلحُ؛ لأن الصُّلحَ بِناءً على زَعم الْمُدَّعي، ففي كلِّ مَوضِعٍ صَحَّ الصُّلحُ صَحَّ الرَّهنُ؛ لوُجوب الدَّينِ ظاهِرًا، وإلا لا؛ لحُصول الرَّهنِ بلا دَينٍ.

ومَبيعٍ، ودَرَكٍ، وأجرِ نائِحةٍ، ومُغنِّيةٍ، وثَمَنِ حُرٍّ، وخمرٍ.

ولا يَصِحُّ الرَّهنُ بالأَعيان الْمَضمونةِ بغَيرها، كالْمَبيع في يَد البائِعِ؛ لأن الْمَبيعَ ليس بمَضمونٍ؛ ألا تَرى أنه إذا هَلَكَ الْمَبيعُ لم يَضمَن البائِعُ شيئًا، ولكنه يَسقُطُ الثَّمَنُ، وهو حقُّ البائِعِ، فلا يَصِحُّ الرَّهنُ به، فلو هَلَكَ يَهلِكُ بغَير شيءٍ؛ لأنه لا اعتِبارَ بالباطِل، فبَقِي قبضًا بإذنه.

فأما الأعيانُ الْمَضمونةُ بنَفسها -وهو أن يَكونَ مَضمونًا بالْمِثل عندَ الهَلاكِ إن كان مِثليًّا، أو بالقِيمة إن لم يكن مِثليًّا، كالْمَغصوب، والمهرِ، وبدَلِ الخُلعِ والصُّلحِ عن دم العمدِ-: فيَصِحُّ الرَّهنُ بها؛ لأن الضَّمانَ مُتقرِّرٌ، فإنه إن كان قائِمًا وَجَب تَسليمُه، وإن كان هالِكًا تَجِبُ قِيمتُه، فكان رهنًا بما هو مَضمونٌ، فصَحّ.

والرَّهنُ بالدَّرَك باطِلٌ، وتَصِحُّ الكَفالةُ بالدَّرَك.

والفرقُ: أن الرَّهنَ مَشروعٌ للاستِيفاء، ولا استِيفاءَ قبلَ الوُجوبِ؛ لأن الواجِبَ هو الذي يُستوفى، وضَمانُ الدَّرَكِ: هو ضَمانُ الثَّمَنِ عندَ استِحقاقِ الْمَبيعِ، فلا يَجِبُ قبلَ الاستِحقاقِ، ولا يَصِحُّ مُضافًا إلى حال وُجودِ الدَّينِ؛ لأن الاستِيفاءَ مُعاوَضةٌ، فلا يَحتمِلُ الإضافةَ؛ لأن إضافةَ التَّمليكِ إلى زَمانٍ في الْمُستقبَل لا يَجوزُ في الْمُستقبَل: لا تَجوزُ.

---

(١) في (هـ): ولم.

أما الكَفالةُ: فمَشروعةٌ لالتِزام الْمُطالَبةِ لا لالتِزام أصلِ الدَّينِ، والتِزامُ الأفعالِ يَصِحُّ مُضافًا إلى زَمان الاستِقبالِ، كالتِزام الصَّدَقاتِ والصِّياماتِ بالنَّذر، ولهذا لو كَفَل بما ذاب له على فُلانٍ يَجوزُ.

ولو رَهَن مالًا عندَ رَجُلٍ بما يَذوبُ له عليه لا يَجوزُ.

وتَفسيرُ الرَّهنِ بالدَّرَك: أن يَبيعَ رَجُلٌ سِلعةً، وقَبَض ثمَنَها وسَلَّمها، وخاف الْمُشتَري الاستِحقاقَ، فأخَذ بالثَّمَن من البائع رهنًا قبلَ الدَّرَكِ: فإنه باطِلٌ، حتى لا يَملِكُ حبسَ الرَّهنِ، حَلَّ الدَّرَكُ أو لم يَحُلَّ.

وإذا هَلَك الرَّهنُ عندَه كان أمانةً، حَلَّ الدَّرَكُ أو لم يَحُلَّ؛ لأنه لا عقدَ حيث وَقَع باطِلًا، بخِلاف الرَّهنِ بالدَّين الْمَوعودِ، وهو أن يَقولَ: (رَهَنتُك هذا لتُقرِضني ألفَ دِرهَمٍ)، فقَبَض الرَّهنَ، وهَلَك في يَد الْمُرتهِنِ قبلَ أن يُقرِضَه ألفًا: فإنه يَهلِكُ مَضمونًا على الْمُرتهِن، حتى[1] يَجِبُ على الْمُرتهِن تَسليمُ الألفِ إلى الرّاهِن بعدَ الهَلاكِ؛ لأن الْمَوعودَ جُعِل كالْمَوجود باعتِبار الحاجةِ، فكان الرَّهنُ حاصِلًا بعدَ القرضِ حُكمًا؛ إذ الظّاهرُ أن الخلَفَ لا يَجري في الوَعد، فكان مُفضِيًا إلى الوُجود غالِبًا.

بخِلاف الرَّهنِ بالدَّرَك؛ لأن الدَّرَكَ لا يَكونُ مَوجودًا غالِبًا؛ إذ الظّاهِرُ أن الْمُسلِمَ يَبيعُ مالَ نفسِه.

ولأنه مَقبوضٌ بجِهة الرَّهنِ الذي يَصِحُّ على اعتِبار وُجودِه، فأُعطِي له حُكمُه، كالْمَقبوض على سَوم الشِّراءِ مَضمونٌ على القابِض؛ لأنه مَقبوضٌ بجِهة الشِّراءِ، فجُعِل كالْمَقبوض بحَقيقته في إيجاب الضَّمانِ، غيرَ أن الْمَقبوضَ على سَوم الشِّراءِ مَضمونٌ بالقِيمة بالِغةً ما بَلَغت لا بالْمُسمّى من الثَّمَن، والْمَقبوضُ على سَوم الرَّهنِ مَضمونٌ بما

(١) في (ز): حيث.

سَمَّيا لا بالقِيمة؛ لأن ضَمانَ الرَّهنِ ضَمانُ استِيفاءِ الدَّينِ، وليس بضَمانٍ مُبتدأٍ، فيتقدَّرُ بالدَّين ضَرورةً، وضَمانُ البيعِ ضَمانٌ مُبتدَأٌ يَجِبُ بالعَقد؛ إذ ليس للبائِع على الْمُشتَري شيءٌ قبلَ البيعِ، فيُجعَلُ مَضمونًا بالقِيمة عندَ تَعذُّرِ إيجابِ الْمُسمّى، كضَمان الغصبِ.

ولا يَصِحُّ بأَجر النّائحةِ والْمُغنِّيةِ، وثمَنِ الحُرِّ والخمرِ؛ لأن الدَّينَ غيرُ واجِبٍ، فلو هَلَك هَلَك أمانةً[1].

ولا يَجوزُ الرَّهنُ بالكَفالة بالنَّفس؛ لأن الاستِيفاءَ منه غيرُ مُمكِنٍ، ولأن الْمَكفولَ به غيرُ مَضمونٍ في نَفسه، فإنه لو هَلَك لم يَجِب شيءٌ.

ولا يَجوزُ الرَّهنُ بقِصاصٍ في نفسٍ أو فيما دونَها: لأن الاستِيفاءَ غيرُ مُمكِنٍ.

وإن كانت الجِنايةُ خطَأً جاز الرَّهنُ؛ لأن الواجِبَ هو الأَرْشُ، واستِيفاءُ الأَرْشِ مُمكِنٌ من الرَّهن.

ولا يَجوزُ الرَّهنُ بالشُّفعة؛ لأن الْمَبيعَ غيرُ مَضمونٍ على الْمُشتَري؛ إذ لو هَلَك لم يَلزَم الْمُشتريَ ضَمانٌ.

وكذا لا يَصِحُّ الرَّهنُ بالعَبد الجاني والعبدِ الْمَديونِ؛ لأنه غيرُ مَضمونٍ على الْمَولى، فإنه لو هَلَك لم يَجِب عليه شيءٌ.

ولا يَجوزُ للمُسلِم أن يَرهَنَ خمرًا أو يَرتهِنَها من مُسلِمٍ أو ذِمّيٍّ؛ لأن الرَّهنَ إيفاءٌ، والارتِهانَ استِيفاءٌ، والْمُسلِمُ لا يُمكِنُه إيفاءُ الدَّينِ من الخَمر ولا الاستِيفاءُ، إلا أن الرّاهنَ إذا كان ذِمّيًّا والْمُرتهِنُ مُسلِمًا: فالخمرُ مَضمونةٌ على الْمُسلِم للذِّمّيِّ بأَقَلَّ من قِيمتها ومن الدَّين، كما يَضمَنُها بالغَصب.

وإن كان الْمُرتهِنُ ذِمّيًّا لم يَضمَنها للمُسلِم، كما لا يَضمَنُها بالغَصب منه، وإذا

(١) قوله: (فلو هلك هلك أمانة) مثبت من (ج).

جَرى ذلك فيما بينَ أهلِ الذِّمّةِ فهو صَحيحٌ؛ لأنها مالٌ في حقِّهم.

ورهنُ المَيْتةِ أو الدَّمِ لا يَصِحُّ من ذِمِّيٍّ وغيرِه؛ لأنها ليست بمالٍ في حقِّ أحدٍ.

وصحَّ بثَمَن عبدٍ، وخلٍّ، وبَدَلِ صُلحٍ عن إنكارٍ، وإن استُحِقّ(س)، أو وُجِد(س) حُرًّا، أو خمرًا(س)، أو تَصادَقا(س) أنْ لا دَينَ.

وصَحَّ بثَمَن عبدٍ، وثمَنِ خلٍّ، وذَبيحةٍ، وبدَلِ صُلحٍ عن إنكارٍ، وإن استُحِقّ، أو وُجِد حُرًّا، أو خمرًا، أو ميْتةً، أو تَصادَقا أن لا دَينَ؛ لأن الدَّينَ وَجَب ظاهِرًا، وهو كافٍ؛ لأنه آكَدُ من الدَّين الْمَوعودِ.

وكذا إذا قَتَل عبدًا خطأً، ورَهَن بقِيمته رهنًا، ثم تَبيَّن أنه كان حُرًّا؛ لأنه حَصَل بدَينٍ مَضمونٍ ظاهِرًا.

وهذا كلُّه على ظاهِر الرِّوايةِ، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ خِلافُه.

ورأسِ(ز) مالِ سَلَمٍ، وثَمَنِ(ز) صرفٍ، فإن هَلَكَ قبلَ الافتِراقِ: تمّا، وصار مُستوفِيًا، ومُسْلَمٍ(ز) فيه، فإن هَلَكَ صار مُستوفِيًا.

ويَصِحُّ الرَّهنُ برَأس مالِ السَّلَمِ وبثَمَن الصَّرفِ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَصِحُّ؛ لأنه لو صَحَّ لصار مُستوفِيًا به، وهو استِبدالٌ؛ لعَدَم الْمُجانَسةِ(١)، والاستِبدالُ بهما لا يَجوزُ.

ولنا: أنه رهنٌ بدَينٍ مَضمونٍ، فيَصِحُّ، وإنما يَصيرُ مُستوفِيًا باعتِبار ماليّته، والْمُجانَسةُ ثابِتةٌ من حيث الماليّةُ، فيَتحقَّقُ الاستِيفاءُ، وقد قرَّرناه من قبلُ.

فلو هَلَكَ الرَّهنُ بثَمَن الصَّرفِ ورأسِ مالِ السَّلَمِ في مَجلِس العقدِ: تَمَّ الصَّرفُ

---

(١) في (هـ): المجانسة لهما.

والسَّلَمُ، وصار الْمُرتهِنُ مُستوفيًا؛ لتَحققُ القبضِ حُكمًا.

وإن افترَقا قبلَ هَلاكِ الرَّهنِ: بَطَلا؛ لأن القبضَ فائِتٌ حَقيقةً وحُكمًا.

أما حَقيقةً: فظاهِرٌ، وكذا حُكمًا؛ لأنه يَكونُ بالهَلاك، فلا يَثبُتُ قبلَه.

ويَصِحُّ الرَّهنُ بالْمُسلَم فيه؛ لِما بَيَّنّا، ولزفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ رِوايتان فيه.

فإن هَلَك الرَّهنُ بالْمُسلَم فيه: صار مُستوفِيًا للمُسلَم فيه؛ لِما مَرّ.

ولو تَفاسَخا السَّلَمَ وبالْمُسلَم فيه رهنٌ: يَكونُ ذلك رهنًا بَرأس المالِ، حتى يَحبِسُه؛ لأنه بدَلُه، فصار كالْمَغصوب إذا هَلَك وبه رهنٌ، حيث يَكونُ رهنًا بقِيمته؛ لأن للبَدَل حُكمَ الْمُبدَلِ. ولو هَلَك الرَّهنُ بعدَ التَّفاسُخِ يَهلِكُ بالطَّعام الْمُسلَمِ فيه لا بَرأس المالِ؛ لأنه مَرهونٌ بالطَّعام حَقيقةً، وإنما ظَهَر أثَرُه في رَأس المالِ في الحَبس: لأنه بدَلُه وقائِمٌ[1] مَقامَه، فإذا هَلَك يَهلِكُ بالأَصل، كمن باع عبدًا وسَلَّمه، وأخَذ بالثَّمَن رهنًا، ثم تَقايَلا البيعَ: له حبسُه لأَخذ الْمَبيعِ؛ لأن الثَّمَنَ بدَلُه.

ولو هَلَك الْمَرهونُ يَهلِكُ بالثَّمَن؛ لِما بَيَّنّا.

وكذا لو اشتَرى عبدًا شِراءً فاسِدًا، وأدّى ثمَنَه: للمُشتَري أن يَحبِسَ الْمَبيعَ لِيَستوفِيَ ثمَنَه، فلو هَلَك الْمُشتَرَى في يَد الْمُشتَري يَهلِكُ بقِيمته.

ورَهَن أبٌ بدَينٍ عليه عبدَ طِفلِه.

ويَجوزُ للأَب أن يَرهَنَ بدَينٍ عليه عبدًا لابنه الصَّغيرِ؛ لأن هذا إيداعٌ ابتِداءً، إذ عَينُ الرَّهنِ أمانةٌ، وهو بسَبيلٍ من إيداع مالِه على وجهٍ لا يَكونُ مَضمونًا على الْمُودَع، فلأَن يَكونَ بسَبيلٍ من الإيداع على وجهٍ يَكونُ مَضمونًا على الْمُودَع أَولى.

---

(١) في (ز): أو قائم.

والْمُرتهِنُ أشدُّ حِفظًا من الْمُودَعِ؛ لِما يَلحَقُه من ضَرَرِ سُقوطِ الدَّينِ عندَ الهَلاكِ، ولا ضرَرَ يَلحَقُ الْمُودَعَ عندَ الهَلاكِ.

والوصِيُّ بمَنزلِة الأبِ في هذا؛ لِما بَيَّنّا.

وعن أبي يوسف وزفر رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه لا يَجوزُ ذلك منهما، وهو القِياسُ؛ لأنه يَقضي دَينَه من مال اليَتيمِ، فلا يَجوزُ، كما لو قَضاه قصدًا.

ولهما: أن للأَب والوصِيِّ أن يُودِعا مالَ الصَّغيرِ، وهذا أنفَعُ للصَّغير من الإيداع؛ لِما بَيَّنّا، بخِلاف حَقيقةِ الإيفاءِ؛ لأنه إخراجُ ذلك العَينِ من مِلك الصَّغيرِ بغَير عِوَضٍ يَدخُلُ في مِلكه بمُقابلَته في الحال[1]، فلا يَنفُذُ منهما، وهنا لا تَخرُجُ العَينُ من مِلكه، بل فيه نصبُ حافِظٍ لماله ناجِزًا مع بَقاءِ مِلكِه، فافتَرَقا.

وإذا جاز الرَّهنُ يَصيرُ الْمُرتهِنُ مُستوفيًا دَينَه إذا هَلَك عندَه، ويَصيرُ الأبُ أو الوصِيُّ مُوفيًا، ويَضمَنُه للصَّبيّ؛ لأنه قَضى دَينَه بماله، وكذا لو سَلَّطا الْمُرتهِنَ على بَيعه؛ لأنه تَوكيلٌ بالبَيع، ولهما ذلك في مال الصَّغيرِ.

وفي الحَقيقة هذه الْمَسألةُ تُبتنى على البَيع؛ فإن الأبَ أو الوصِيَّ إذا باع مالَ الصَّبيِّ من غَريم نفسِه بمِثل ما عليه من الدَّين: جاز، ويَصيرُ الثَّمَنُ قِصاصًا بدَينه، ويَضمَنُه للصَّبيِّ عندَهما.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يَصيرُ الثَّمَنُ قِصاصًا بدَينه، وكذلك وَكيلُ البائِعِ بالبَيع، فإنما كان من أَصله أنه لا يَملِكُ قَضاءَ دَينِ نفسِه بمال الصَّبيِّ بطَريق البيعِ، فكذا بطَريق الرَّهنِ وعندَهما: لَمّا مَلَك بطَريق البيعِ مَلَك بطَريق الرَّهنِ أيضًا؛ لأن الرَّهنَ نَظيرُ البيعِ من حيث إنه يَصيرُ قاضِيًا دَينهَ عندَ هَلاكِ الرَّهنِ ضامِنًا مِثلَه للصَّبيّ.

---

(١) في (د): المال.

وإذا رَهَن الأبُ من نَفسه، أو من ابنٍ له صَغيرٍ، أو عبدٍ له تاجرٍ لا دَينَ عليه.. مَتاعَ الصَّغيرِ: جاز؛ لأن الأبَ لوُفور شَفقَتِه وكَمالِ وِلايتِه نَزَل مَنزِلةَ شَخصَين، وقامت عِبارتُه مَقامَ عِبارتين في هذا العقدِ، كما في بَيعه مالَ الصَّبيِّ من نَفسه، فتَولّى طرَفي العقدِ.

ولو ارتَهَنه الوصِيُّ من نَفسه، بأن كان له على الصَّبيِّ دَينٌ، أو من هذين -أي من صَغيرٍ للوصِيِّ وعبدٍ للوصِيِّ-، أو رَهَن عَينًا له من اليَتيم بحقٍّ لليَتيم عليه: لم يَجُز؛ لأنه وَكيلٌ حَقيقةً، وحُقوقُ العقدِ تَرجِعُ إليه، والواحِدُ لا يَتولّى طرَفَي العقدِ في الرَّهن، كما لا يَتولّاهما في البَيع، ولا يُمكِنُ أن يُلحَقَ بالأَب؛ لقُصور شَفقَتِه ووِلايتِه، وكونِه مُتَّهمًا.

ورهنُ الوصِيِّ من ابنه الصَّغيرِ وعبدِه التّاجرِ الذي ليس عليه دَينٌ: بمَنزِلة الرَّهنِ من نَفسه، فلا يَصِحُّ، كما لو رَهَن من نَفسه، بخِلاف ابنِه الكَبيرِ وأَبيه وعبدِه الْمَديونِ؛ لأنه من كَسبهم بمَنزِلةِ الأجنَبيِّ، وهم أحقُّ بالكَسب منه.

وهذا بخِلاف الوَكيلِ بالبَيع؛ فإنه لا يَبيعُ من هؤلاء؛ لأنه في البَيع مُتَّهَمٌ، وفي حقِّ الرَّهنِ لا يَكونُ مُتَّهمًا؛ لأن حُكمَ الرَّهنِ واحِدٌ، وهو أنه مَضمونٌ بالأقَلِّ من قِيمته ومن الدَّين، سَواءٌ رَهَنه عندَ هؤلاء أو عندَ أجنَبيٍّ، فلانتِفاء التُّهَمةِ نَفَذ تَصرُّفُه معهم.

وإن استَدان الوصِيُّ لليَتيم في كِسوته وطَعامِه، فرَهَن به مَتاعًا لليَتيم: جاز؛ لأن له أن يَقضيَ هذا الدَّينَ من مال اليَتيمِ، فإنه استَدان لحاجته، فله أن يَرهَنَ به أيضًا.

وكذا لو اتَّجَر لليَتيم فرَهَن[1] أو ارتَهَن؛ لأن الرَّهنَ وَثيقةٌ للاستيفاء، فيَملِكُه من يَملِكُ حَقيقةَ الإيفاءِ والاستيفاءِ، والأَولى له التِّجارةُ؛ تَثميرًا لمال اليَتيمِ، فيَحتاجُ إلى الرَّهن والارتِهانِ.

---

(١) في (ج): فرهن به.

وإذا رَهَن الأبُ مَتاعَ ابنِه الصَّغيرِ عندَ رَجُلٍ، فأدرَكَ الولَدُ ومات الأبُ: لم يكن للوَلَد أن يَستردَّ الرَّهنَ حتى يَقضيَ الدَّينَ؛ لأنه تَصرُّفٌ لَزِم من الأَب في حال قِيامِ وِلايتِه، وهو في ذلك قائِمٌ مَقامَ الولَدِ إن لو كان بالِغًا.

فإن كان الأبُ رَهَنه لنَفسه، فقَضاه الابنُ: يَرجِعُ به في مال الأبِ؛ لأنه لا يَتوصَّلُ إلى عَين مالِه إلا بقَضاء الدَّينِ، فكان مُضطَرًّا، كمُعير الرَّهنِ إذا قَضى الدَّينَ.

وكذا إذا هَلَك الرَّهنُ قبلَ أن يَفتكَّه؛ لأن الأبَ صار قاضِيًا دَينَه عندَ الهَلاكِ بماله، فللابن أن يَرجِعَ عليه.

ولو رَهَن الأبُ مَتاعًا لوَلَده الصَّغيرِ بمالٍ أَخَذه لنَفسه وللصَّغير: جاز؛ لأنه متى مَلَك أن يَرهَنَ بدَين كلٍّ واحِدٍ منهما على الانفِراد.. فكذا بدَينهما.

فإن هَلَك الرَّهنُ ضَمِن الأبُ حِصّتَه من ذلك للوَلَد؛ لأنه بهلاك الرَّهنِ صار قاضِيًا دَينَه ودَينَ الصَّغيرِ بمال الصَّغيرِ، فيَضمَنُ للصَّغير حِصّتَه من ذلك.

والوصِيُّ في ذلك كالأَب بعدَ موتِه، وكذا الجدُّ أبُ الأبِ إذا لم يكن الأبُ أو وصِيُّ الأبِ؛ لقِيامه مَقامَ الأبِ في التَّصرُّف بحُكم الوِلايةِ.

ولو رَهَن الوصِيُّ مَتاعًا لليَتيم في دَينٍ استَدانه عليه، وقَبَضه الْمُرتهِنُ، ثم استَعاره الوصِيُّ من الْمُرتهِن لحاجة اليَتيمِ، فضاع في يَد الوصِيِّ: فقد خَرَج من الرَّهن، وهَلَك من مال اليَتيمِ؛ لأن الوصِيَّ فيما يَتصرَّفُ لليَتيم قائِمٌ مَقامَه إن لو كان بالِغًا.

ولو كان بالِغًا، فرَهَنه مَتاعَه بنفسه، ثم استَعاره من الْمُرتهِن، فهَلَك في يَده: لم يَسقُط الدَّينُ؛ لأن عندَ هَلاكِ الرَّهنِ يَصيرُ الْمُرتهِنُ مُستوفِيًا، ولا يُمكِنُ أن يُجعَلَ ربُّ الدَّينِ مُستوفِيًا دَينَه باعتِبار يدِ الْمَديونِ.

وإذا لم يَسقُط الدَّينُ بهلاكه: رَجَع الْمُرتهِنُ على الوصِيِّ بالدَّين، كما كان يَرجِعُ به قبلَ الرَّهنِ، ويَرجِعُ به الوصِيُّ على الصَّبيّ؛ لأنه غيرُ مُتعدٍّ في هذه الاستِعارةِ؛ لأنه استَعاره لحاجة اليَتيمِ، وله هذه الوِلايةُ.

ولو استَعاره لحاجة نفسِه: ضَمِنه للصَّبيّ؛ لأنه مُتعدٍّ؛ لأنه ليس له وِلايةُ الاستِعمالِ في حاجة نفسِه.

ولو رَهَن الوصِيُّ مالَ اليَتيمِ، ثم غَصَبه فاستَعمَله لحاجة نفسِه حتى هَلَك عندَه: فالوصِيُّ ضامِنٌ لقِيمته؛ لأنه بالغَصب صار جانِيًا في حقِّ الْمُرتهِنِ، مُفوِّتًا ليَده الْمُستحِقّةِ، وفي حقِّ الصَّبيِّ بالاستِعمال في حاجة نفسِه، فيَقضي منه الدَّينَ إذا حَلّ.

والفضلُ لليَتيم إن كانت القِيمةُ أكثرَ من الدَّين.

وإن كانت قِيمتُه أقَلَّ من الدَّين: أدّى قَدْرَ القِيمةِ إلى الْمُرتهِن، وأدّى الزِّيادةَ من مال اليَتيمِ؛ لأن الْمَضمونَ عليه قَدْرُ القِيمةِ فقط.

وإن كانت قِيمتُه مِثلَ الدَّينِ: أدّى إلى الْمُرتهِن، ولا يَرجِعُ على اليَتيم؛ لأنه وَجَب لليَتيم عليه مِثلُ ما وَجَب له على اليَتيم، فوَقَع التَّقاصُّ.

وإن لم يَحُلَّ الدَّينُ: فالقِيمةُ رهنٌ؛ لقِيامها مَقامَ الرَّهنِ، فإذا حَلَّ الأجَلُ كان الجَوابُ على هذا التَّفصيلِ الذي مَرّ.

فلو غَصَبه واستَعمَله لحاجة الصَّبيِّ حتى هَلَك في يَده: يَضمَنُه لحقِّ الْمُرتهِنِ، ولا يَضمَنُه لحقِّ الصَّبيِّ؛ لأن استِعمالَه لحاجة اليَتيمِ ليس بتعدٍّ، وكذا الآخِذُ؛ إذ له وِلايةُ أخذِ مالِ اليَتيمِ، حتى لو أقَرَّ الأبُ أو الوصِيُّ بغَصب مالِ الصَّغيرِ: لا يَلزَمُه شيءٌ؛ إذ لا يُتصوَّرُ غصبُه؛ لأن له وِلايةَ الأخذِ، فإذا هَلَك في يَده يَضمَنُه للمُرتهِن بأخذه بدَينه إن حَلّ، ويَرجِعُ الوصِيُّ على الصَّغير؛ لأنه غيرُ مُتعدٍّ؛ لكَونه عامِلًا له.

وإن لم يَحُلَّ يَكونُ رهنًا عندَ الْمُرتهِنِ، فإذا حَلَّ الدَّينُ أخذ دَينَه منه، ورَجَع الوصِيُّ على اليَتيم بذلك؛ لِما مَرّ.

ورُهِن مَكيلٌ ومَوزونٌ، ولو حَجَرَين، فإن رُهِنت بجِنسها صار مُستوفِيًا بقَدْره، ولا عِبرةَ(س م) للجَودة.

ويَجوزُ رهنُ الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ، والْمَكيلِ والْمَوزونِ؛ لأنها محَلُّ الاستِيفاءِ، فكانت محلًّا للرَّهن.

فإن رُهِنت بجِنسها: هَلَكت بمِثلها من الدَّين، وإن اختَلَفا في الجَودة؛ إذ لا عِبرةَ للجَودة في الأَموال الرِّبَوِيَّةِ عندَ الْمُقابَلةِ بجِنسها، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن عندَه يَصيرُ مُستوفِيًا لحقِّه باعتِبار الوزنِ دونَ الجَودةِ.

وعندَهما: يَضمَنُ القِيمةَ من خِلاف جِنسِه، ويَكونُ رهنًا مَكانَه؛ لأنه لو صار مُستوفِيًا يَتضرَّرُ الْمُرتهِنُ.

فالأصلُ عندَه: أن حالةَ الهَلاكِ حالةُ الاستِيفاءِ لا مَحالةَ، والاستِيفاءُ إنما يَكونُ بالوَزن، وعندَهما: حالةُ الهَلاكِ حالةُ الاستِيفاءِ إذا لم تُفْضِ إلى الضَّرَر.

رَهَن مُدْهُنَ فِضّةٍ وزنُه عَشَرةٌ بعَشَرةٍ، وهَلَك، وقِيمتُه عَشَرةٌ أو أكثَرُ أو أَقَلُّ(س م): سَقَط دَينُه.

بَيانُه: إذا رَهَن مُدهُنَ[1] فِضّةٍ وزنُه عشَرةٌ بعشَرةٍ، وهَلَك.. فإن كانت قِيمتُه مِثلَ وزنِه عشَرةً: سَقَط الدَّينُ بالاتِّفاق؛ لأن بالوَزن والقِيمةِ وَفاءً بالدَّين، فلا رِبا فيه بوجهٍ ولا ضرَرَ، فصار كثَوبٍ قِيمتُه عشَرةُ دَراهِمَ.

---

(١) في (د): إبريق.

وكذا إن كانت قِيمتُه أكثرَ من وَزنه: سَقَط الدَّينُ بالاتِّفاق.

أما عندَه: فلأنه يَعتبِرُ الوزنَ، وهو مِثْلُ الدَّينِ.

وأما عندَهما: فلأن بالوَزن والقِيمةِ وَفاءً بالدَّين، وزِيادةُ الجَودةِ أمانةٌ.

وإن كانت قِيمتُه أَقَلَّ من وَزنه: فكذلك عندَه؛ اعتِبارًا للوَزن، وبالوَزن وَفاءٌ بالدَّين.

وعندَهما: يَضمَنُ الْمُرتهنُ قِيمتَه من خِلاف جِنسِه؛ لأنه لو صار مُستوفيًا كلَّ الدَّينِ باعتِبار الوزنِ يَبطُلُ حقُّ الْمُرتهِنِ في الجَودة، فيَتضرَّرُ به، ولو صار مُستوفِيًا من دَينه ثَمانيةً اعتِبارًا للقِيمة.. لصار مُستوفِيًا ثَمانيةً بعشَرةٍ من حيث الوزنُ، فيَكونُ رِبًا، فلهذه الضَّرورةِ عَدَلنا إلى التَّضمين بخِلاف الجِنسِ، ووَجَب القولُ بنَقض الاستِيفاءِ، وأمكَن، بأن يُضمَنَ ويُجعَلَ كأن لم يَهلِك.

وله: أن ضَمانَ الرَّهنِ ضَمانُ استِيفاءٍ، والاستِيفاءُ يَكونُ بالوَزن، وفي الوَزن وَفاءٌ بالدَّين، فيُجعَلُ مُستوفِيًا كَمالَ حقِّه؛ وهذا لأن استِيفاءَ الجيِّدِ بالرَّديء صَحيحٌ، كما لو تُجُوِّز به، وقد وَقَع الاستِيفاءُ بالإجماع؛ لأنه من جِنس حقِّه، وقد قَبَضه على وَجه الاستِيفاءِ، ولهذا يُحتاجُ إلى نَقضه، ونقضُه بالضَّمان غيرُ مُمكِنٍ؛ لأن الضَّمانَ لا بُدَّ له من مُطالِبٍ ومُطالَبٍ، ولا يُمكِنُ تَحقيقُه في الشَّخص الواحِدِ.

ولأن الإنسانَ لا يَضمَنُ مِلكَ نفسِه، فمتى[1] تعذَّر التَّضمينُ عليه تَعذَّر النَّقضُ، وإذا تَعذَّر النَّقضُ يَقَعُ الاستِيفاءُ كما كان[2].

ولأنه إنما يُنقَضُ استِيفاؤُه إذا لم يَرضَ به، وقد رَضِي به؛ لأنه متى قَبَض الرَّهنَ مع عِلمِه بأنه يَصيرُ مُستوفِيًا بالهَلاك فقد رَضِي بوُقوعه استِيفاءً بدُون صِفةِ الجَودةِ، فصار

(١) في سوى (ج) و(ز): حتى، وفي (هـ): فمعنى.

(٢) قوله: (وإذا تعذر النقض يقع الاستيفاء كما كان) مثبت من (ج).

كما لو استوفى الزُّيوفَ مَكانَ الجِيادِ وهو عالِمٌ به.

وقِيل: هذه الْمَسألةُ فرعُ ما إذا استوفى الزُّيوفَ مَكانَ الجِيادِ وهو لا يَعلَمُ به، وهَلَكت الزُّيوفُ عندَه، ثم عَلِم بالزِّيافة، فإنه يَسقُطُ دَينُه، ولا شيءَ عليه في قَول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ مِثلَ ما قَبَض، ويأْخُذُ مِثلَ حقِّه.

وقولُ محمدٍ أوَّلًا كقَول أبي حنيفة رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، وآخِرًا كقَول أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، كذا ذَكَره عِيسى بنُ أبانَ.

والأصَحُّ: أن هذه مَسألةٌ مُبتدأةٌ؛ لأن محمدًا مع أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في تلك الْمَسألةِ في الْمَشهور، ومع أبي يوسف في هذه الْمَسألةِ.

والفرقُ لمحمدٍ: أنه قبَض الزُّيوفِ ثَمَّ ليَستوفيَ حقَّها[1] من عَينها، والزِّيافةُ لا تَمنعُ صِحّةَ الاستِيفاءِ، فتَمَّ الاستِيفاءُ، ولَزِم بالهَلاك، وفي باب الرَّهن: ما أَخذه ليَستوفيَ عَينَه بالدَّين، بل ليَستوفيَ من محَلٍّ آخَرَ، فلا بُدَّ من نَقض القبضِ، وقد أمكَن نقضُه بأَداء الضَّمانِ عندَه.

وإن انكَسَر وقِيمتُه عَشَرةٌ: افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، أو ضَمَّنه[م] من جِنسه، وإن كانَت أَقَلَّ: ضَمَّنه قِيمتَه من خِلافه، ولو أكثَرَ: افتكَّه، أو ضَمَّنه قِيمتَه[س م] من خِلافه.

وإن انكَسَر وقِيمتُه مِثلُ وزنِه عشَرةٌ.. فعندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: الرّاهنُ بالخِيار، إن شاء افتكَّه ناقِصًا بكلِّ الدَّينِ، وإن شاء ضَمَّن الْمُرتهنَ قِيمتَه من جِنسه أو من خِلاف جِنسِه؛ لأنه لا يَتمكَّنُ فيه الرِّبا، ويَكونُ الضَّمانُ رهنًا عندَ الْمُرتهِنِ قائِمًا مَقامَ الأوَّلِ، ويَصيرُ الْمَضمونُ -أي الْمُدهُنُ[2]- مِلكًا للمُرتهِن بالضَّمان.

(١) في سوى (أ) و(ج): حقه.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): المرهون، وفي (ج): الرهن.

ولا يُجبرُ الرّاهنُ على الفكاك؛ لأنه إن ذَهَب شيءٌ من الدَّين بذَهاب الجَودةِ يَصيرُ قاضِيًا دَينَه بالجَودة على الانفِراد، والجَودةُ لا قِيمةَ لها عندَ الانفِرادِ، ولو ألزَمناه الفَكاكَ بجَميع دَينِه من غَير أن يَذهَبَ شيءٌ من الدَّين مع النُّقصانِ حَقيقةً.. يَتضرَّرُ الرّاهنُ؛ لفَوات حقِّه في الجَودة، فخَيَّرناه[1] على الوَجه الذي بيَّنّا.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن شاء افتكّه ناقِصًا بكلِّ الدَّينِ، وإن شاء جَعَله بالدَّين، فيَصيرُ مِلكًا للمُرتهِن بدَينه، وليس للرّاهِن أن يُضمِّنَه قِيمتَه.

له: أنه مَضمونٌ بالدَّين بالإجماع لو هَلَك، فكذا إذا انكَسَر؛ اعتِبارًا لحالة الانكِسارِ بحالة الهَلاكِ؛ وهذا لأنه لَمّا تَعذَّر الفَكاكُ مجّانًا لِما بيَّنّا صار في مَعنى الهالِكِ، فيُعتبَرُ بالهالِك الحَقيقيِّ.

ولأنه بنَفس القبضِ صار مَضمونًا بالدَّين بالإجماع على وجهٍ يَتقرَّرُ الضَّمانُ بالهَلاك، فلا يَجوزُ أن يَكونَ مَضمونًا بالقِيمة؛ لأن العَينَ الواحِدةَ لا يَجوزُ أن تَكونَ مَضمونةً بضَمانَين مُختلِفَين.

قُلنا: طَريقُ صَيرورتِه مَضمونًا بالدَّين: أن يُجعَلَ مَضمونًا بالقِيمة بقَدْر الدَّينِ؛ لأنه عقدُ استيفاءٍ، وسُقوطُ الدَّينِ في الاستِيفاء الحَقيقيِّ باعتِبار أن يُجعَلَ مَضمونًا بالقِيمة عليه، ثم تَقَعُ الْمُقاصّةُ بينَ ما له وبينَ ما عليه، فكذا في الاستِيفاء الحُكميِّ.

وجعلُه مَضمونًا بالدَّين في حال قِيامِه يُؤدِّي إلى إغلاق الرَّهنِ، وإنه حُكمٌ جاهِليٌّ مَردودٌ في الشَّرع[2]، فصِرنا إلى التَّضمين بالقِيمة؛ لأنه لا[3] يُؤدِّي إلى الإغلاق؛ لانتِقال

(١) في (ب): فجبرناه، وفي (أ) و(د) و(هـ): فخيرنا.

(٢) كما تقدم عن الزهري وغيره.

(٣) سقطت من (هـ).

حُكمِ الرَّهنِ إلى مِثله.

وإن كانت قِيمتُه أقَلَّ من وَزنه ثَمانيةً: ضَمِن قِيمتَه جيِّدًا من خِلاف جِنسِه؛ تَحرُّزًا عن الرِّبا، أو ردِيًا من جِنسه، ويَكونُ رهنًا عندَه، وهذا بالاتِّفاق.

أما عندَهما: فلأن حالةَ الانكِسارِ حالةُ التَّضمينِ بالقِيمة بكلِّ حالٍ.

وأما عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فلأنه يَعتبرُ حالةَ الانكِسارِ بحالة الهَلاكِ، وعندَه في هذا الوجهِ: لو هَلَك يَضمَنُ الْمُرتهِنُ قِيمتَه، ولا يَصيرُ مُستوفِيًا؛ لِمَكان الرِّبا، أو للضَّرر، فكذا إذا انكَسَر.

وإن كانت قِيمتُه أكثَرَ من وَزنه اثنَي عشَرَ.. فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن شاء افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، وإن شاء ضَمَّنه قِيمتَه من خِلاف جِنسِه بالِغةً ما بَلَغت، ويَكونُ رهنًا عندَه؛ لأن الواجِبَ عندَه في حالة الانكِسارِ ضَمانُ القِيمةِ، والعِبرةُ للوَزن عندَه لا للجَودة والرَّداءةِ في هذا البابِ.

فإن كان باعتِبار الوزنِ كلِّه مَضمونًا كان كلُّه مَضمونًا، وإن كان بعضُه فبعضُه، وجَميعُ الوزنِ مَضمونٌ، فتَبِعته الجَودةُ؛ لأنها تابِعةٌ للذّات، ومتى صار الذّاتُ مَضمونًا استَحال أن يَكونَ الوصفُ أمانةً؛ لأن التَّبَعَ لا يُخالِفُ الأصلَ.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ خَمسةَ أسداسِ قِيمتِه، ويَكونُ خَمسةُ أسداسِ الْمَكسورِ مِلكًا له بالضَّمان، وسُدُسُ الْمَكسورِ يُفرزُ[1] حتى لا يَبقى الرَّهنُ شائِعًا؛ لأن الشُّيوعَ الطّارئَ في ظاهِر الرِّوايةِ كالشُّيوع الْمُقارِنِ؛ لِما مَرّ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الشُّيوعَ الطّارئَ لا يَمنَعُ، فلا يُحتاجُ إلى التَّمييز، ويَكونُ مع قِيمةِ خَمسةِ أسداسِ الْمَكسورِ رهنًا عندَه بالدَّين؛ لأن من أَصل أبي يوسف

(١) في (ز): هدر.

رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يُشيعُ الضَّمانَ والأمانةَ في الوَزن والجَودةِ، ويَجعَلُ زيادةَ القِيمةِ كزِيادة الوزنِ، كأن وزنَه اثنا عشَرَ؛ لأن الجَودةَ مُتقوِّمةٌ في ذاتِها، ولهذا اعتبَرناها عندَ الْمُقابَلةِ بخِلاف جِنسِها، وفي تَصرُّف الْمَريضِ، حتى لو باع إبريقَ فِضّةٍ وزنُه مِائةٌ وقِيمتُه مِائتان بصِياغته بمِائةٍ: يُعتبَرُ من الثُّلُث، كما لو تَبرَّع بالعَين، وفي تَصرُّف الأبِ والوصِيِّ، والغصبِ.

وإنما لم نَعتبِرها(١) عندَ الْمُقابَلةِ بجِنسها: لأن الشَّرعَ جَعَل الْمُساواةَ في الذَّوات شرطًا لجَواز العقدِ سمعًا، لا لأن الجَودةَ هَدَرٌ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن انتَقَص بالانكِسار من قِيمته دِرهَمٌ أو دِرهَمان: يُجبَرُ الرّاهنُ على الفَكاك بقَضاء جَميعِ الدَّينِ، وإن انتَقَص أكثَرُ من ذلك يُخيَّرُ الرّاهنُ، فإن شاء جَعَله للمُرتَهِن بدَينه، وإن شاء افتكَّه ناقِصًا بجَميع الدَّينِ؛ لأن من أَصلِه: أن الضَّمانَ في الوَزن والأمانةِ في الجَودة والصَّنعةِ؛ لأن الجَودةَ أو الصَّنعةَ تابِعةٌ للوَزن، والحُكمُ في الرَّهن على الأَصالة هو الْمَضمونيّةُ؛ لأنه عقدُ ضَمانٍ واستِيفاءٍ، وصِفةُ الأمانةِ في الْمَرهون تابِعةٌ، فيُجعَلُ الأصلُ بمُقابَلة الأصلِ، والتَّبَعُ بمُقابَلة التَّبَعِ، إلا أن يَفضُلَ شيءٌ من الضَّمان، فحينَئذٍ يُصرَفُ إلى الجَودة ضَرورةً.

ولو وزنُه ثَمانيةً وهَلَك: سَقَط من دَينه ثَمانِيةٌ، قَلَّت قِيمتُه أو كَثُرت أو ساوَت.

ولو كان وزنُه ثَمانيةً، وهَلَك: سَقَط من دَينه ثَمانيةٌ، قَلَّت قِيمتُه أو كَثُرت أو ساوَت.. عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن العِبرةَ للوَزن عندَه، وكذا عندَهما إن كانت قِيمتُه مِثلَ وزنِه، وإن انتَقَصت أو زادت، وكانت سَبعةً أو تِسعةً أو عشَرةً: ضَمِن قِيمتَه من خِلافه.

فإن كانت اثنَي عشَرَ: ضَمِن قِيمةَ خَمسةِ أسداسِه؛ لأن ما زاد عليه أمانةٌ(٢).

---

(١) كذا في (ج)، وفي (ب) و(هـ): لم يعتبرها، وفي باقي النسخ غير منقوطة.

(٢) قوله: (لأن ما زاد عليه أمانة) مثبت من (ج).

وإن انكَسَر وقِيمتُه ثَمانِيةٌ: افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، أو ضَمَّنه[٢] من جِنسه.

وإن انكَسَر.. إن كانت قِيمتُه ثَمانيةً: فعندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: افتكَّه بكلِّ الدَّينِ أو ضَمَّنه قِيمتَه من جِنسه، على ما مَرّ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: إن شاء افتكَّه بجَميع الدَّينِ، وإن شاء تَركه على الْمُرتهِن بثَمانيةٍ من الدَّين؛ اعتِبارًا لحالة الانكِسارِ بحالة الهَلاكِ.

وإن كانَت أقَلَّ سَبعةً، أو أكثَرَ تِسعةً أو عَشَرةً: افتكَّه، أو ضَمَّنه من خِلافه.

وإن كانت قِيمتُه أقَلَّ من وَزنه سبعةً أو أكثَرَ تِسعةً أو عشَرةً: إن شاء الرّاهنُ افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، وإن شاء ضَمَّنه قِيمتَه من خِلاف جِنسِه بالاتِّفاق، وكذا إن كانت اثنَي عشَرَ عندَه.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: يَضمَنُ قِيمةَ خَمسةِ أسداسِه، أو يَفتكُّه بكلِّ الدَّينِ، وكذا عندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ إن انتَقَص أكثَرُ من دِرهَمَين، وإلا يُجبَرُ الرّاهنُ على الفكاك بكلِّ الدَّينِ.

ولو وزنُه خَمسةَ عَشَرَ وهَلَك: استَوفى دَينَه بثُلُثَيه، قَلَّت قِيمتُه أو كَثُرت.

وإن كان وزنُه أكثَرَ من دَينه خَمسةَ عشَرَ، وهَلَك: استَوفى دَينَه بثُلُثَيه، والثُّلُثُ أمانةٌ، قَلَّت قِيمتُه أو كَثُرت أو ساوَت[١].

وكذا عندَهما إن كانت مِثلَ وزنِه أو أكثَرَ، وإن كانت أقَلَّ.. فإن كانت أقَلَّ من الدَّين أو مِثلَه عشَرةً: ضَمِن قِيمتَه من خِلافه، وإن كانت أكثَرَ اثنَي عشَرَ: ضَمِن قِيمةَ خَمسةِ أسداسِه، كما مَرّ.

---

(١) قوله: (أو ساوت) مثبت من (ج).

وإن انكسَر: افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، أو ضَمَّنه قِيمةَ ثُلُثَين، قلَّت قِيمتُه أو كَثُرت.

وإن انكسَر: إن شاء افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، وإن شاء ضَمَّنه قِيمةَ ثُلُثَيه، قلَّت أو كَثُرت عندَه، وكذا عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ إن كانت قِيمتُه مِثلَ وزنِه، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن شاء افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، وإن شاء تَرَكَ ثُلُثَيه بدَينه، وأخَذ منه ثُلُثَه.

وإن كانت أكثرَ عِشرين: فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن شاء افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، وإن شاء ضَمَّنه قِيمةَ نِصفِ الْمُدهُنِ؛ لأن قِيمةَ نِصفِه تَبلُغُ قَدْرَ الدَّينِ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن انتقَص قَدْرَ خَمسةِ دَراهِمَ بالانكِسار يُجبَرُ على الفَكاكِ بكلِّ الدَّينِ، وإن انتقَص أكثرَ من ذلك يُخيَّرُ، إن شاء افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، وإن شاء تَرَكَ ثُلُثَي الْمُدهُنِ[1] بدَينه، وأخَذ الثُّلُثَ.

وإن كانت قِيمتُه اثني عشَرَ: إن شاء افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، وإن شاء ضَمَّنه قِيمةَ خَمسةِ أسداسِه عندَهما، وإن كانت قِيمتُه مِثلَ الدَّينِ عشرةً، أو أقَلَّ من الدَّين تِسعةً: إن شاء افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، وإن شاء ضَمَّنه قِيمةَ جَميعِه من خِلاف جِنسِه عندَهما.

فصارت الأقسامُ سِتّةً وعِشرين فصلًا:

لأن القِسمَ الأوَّلَ -وهو أن يَكونَ وزنُه مِثلَ الدَّينِ- سِتّةُ فُصولٍ؛ لأنه إما إن كانت قِيمتُه مِثلَ وزنِه أو أقَلَّ أو أكثَرَ، فثَلاثةٌ بتَقدير هَلاكِه، وثَلاثةٌ بتَقدير انكِسارِه.

والقِسمَ الثّانيَ -وهو أن يَكونَ وزنُه ثَمانيةً- عشَرةُ فُصولٍ؛ لأنه إما إن كانت قِيمتُه أقَلَّ من وَزنه سَبعةً، أو مِثلَ وزنِه، أو أكثَرَ من وَزنه تِسعةً أو عشَرةً أو اثني عشَرَ.

والقِسمَ الثّالثَ -وهو أن يَكون وزنُه خَمسةَ عشَرَ- عشَرةٌ أيضًا؛ لأنه إما إن كانت

(١) في (هـ): الرهن.

قِيمتُه مِثلَ وزنِه، أو أكثرَ من وَزنه، أو أقَلَّ من وَزنه وأكثرَ[1] من الدَّين، أو أقَلَّ من وَزنه مِثلَ الدَّينِ، أو أقَلَّ من وَزنه وأقَلَّ من الدَّين، فخَمسةٌ بتَقدير الهَلاكِ، وخَمسةٌ بتَقدير الانكِسارِ.

والقِسمُ الأوَّلُ بفُصوله مَذكورٌ في «الهِداية» فقط.

رَهَن كُرًّا جَيِّدًا قِيمتُه مِائتان بمِائةٍ، وهَلَكَ: سَقَط دَينُه بنِصفه، وإن فَسَد بماءٍ: ضَمِن[م] نِصفَه جَيِّدًا.

رَهَن كُرًّا جيِّدًا يُساوِي مِائتَي دِرهَمٍ بمِائةٍ، وهَلَكَ: سَقَط دَينُه بنِصف الكُرِّ بالاتِّفاق؛ لأن به وَفاءً بالدَّين، وإن فَسَد، بأن أَصابه ماءٌ فابتَلّ: يَضمَنُ الْمُرتهِنُ مِثلَ نِصفِ الْمَقبوضِ، يَعني: جيِّدًا.

أما عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فظاهِرٌ، وكذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لاعتِبار الجَودةِ هنا؛ لأنها قُوبِلت بخِلاف الجِنسِ، وهو الدَّراهِمُ، بخِلاف ما مَرّ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن شاء الرّاهنُ افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، وإن شاء تَرَك نِصفَه بدَينه وأخَذ النِّصفَ؛ اعتِبارًا لحالة الفَسادِ بحالة الهَلاكِ.

وإن رَهَن نِصفَ كُرٍّ قِيمتُه مِائةٌ بكُرٍّ قِيمتُه مِائةٌ، وهَلَكَ: سَقَط نِصفُ دَينِه، وإن فَسَد: افتكَّه بكلِّ الدَّينِ، أو ضَمَّنه[م] مِثلَه.

وإن رَهَن نِصفَ كُرٍّ جيِّدٍ قِيمتُه مِائةٌ بكُرٍّ رَديءٍ قِيمتُه مِائةٌ، وهَلَكَ: سَقَط نِصفُ الدَّينِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه يَعتبِرُ الكيلَ، وبالرَّهن وَفاءٌ بنِصف الدَّينِ كيلًا.

وعندَهما: يُضمَّنُ الْمُرتهِنُ مِثلَ الْمَقبوضِ؛ لأن في جَعله مُستوفِيًا بقَدْر الكيل ضرَرًا بالرّاهِن بإبطال حقِّه في الجَودة، وفي جَعله مُستوفِيًا بقَدْر قِيمتِه رِبًا، فصِرنا إلى التَّضمين بالْمِثل، ويَكونُ رهنًا قائِمًا مَقامَ الأوَّلِ.

(١) في (ز): أو أكثر.

وإن فَسَد بالماء افتكَّه بكلِّ الدَّينِ أو ضَمَّنه مِثلَ الْمقبوضِ.

أما عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فلاعتِبار حالةِ الفَسادِ بحالة الهَلاكِ.

وأما عندَهما: فلأن حالةَ الفَسادِ حالةُ التَّضمينِ.

باع على أن يَرهَنَ بالثَّمَن شيئًا بعَينه، فأَبى: لم يُجبَر(ز)، وللبائِع فسخُه، إلا أن يَدفَعَ الثَّمَنَ حالًّا، أو قِيمةَ الرَّهنِ رهنًا.

ومن باع عبدًا على أن يَرهَنَه الْمُشتَري بالثَّمَن شيئًا بعَينه: جاز استِحسانًا، **والقِياسُ**: أن لا يَجوزَ.

وعلى هذا القِياسُ والاستِحسانُ إذا باع على أن يُعطيَه كَفيلًا مُعيَّنًا حاضِرًا في الْمَجلِس، فقَبِل.

وجهُ القِياسِ: أنه صَفقَةٌ في صَفقةٍ، وقد نَهى النَّبيُّ عَلَيهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ عنه[1].

ولأنه شرطٌ لا يَقتَضيه العقدُ؛ لأن ما يَقتَضيه العقدُ يَجِبُ بالعَقد بدُون الشَّرطِ، كتَسليم الْمَبيعِ على البائِع، أو تَسليمِ الثَّمَنِ على الْمُشتَري، وفيه مَنفَعةٌ لأحَد العاقِدَين، وقد مَرَّ أن مِثلَه يُفسِدُ العقدَ.

وجهُ الاستِحسانِ: أنه شرطٌ مُلائِمٌ للبَيع؛ لأن الْمَقصودَ بالكَفالة والرَّهنِ التَّوثُّقُ بالثَّمَن، فاشتِراطُها في مَعنى اشتِراطِ زِيادةِ وصفِ الجَودةِ في الثَّمَنِ.

---

(١) روى الإمام أحمد (٣٧٨٣) عن ابن مسعود رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: قال: نهى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن صفقتين في صفقة واحدة. قال أسود: قال شريك: قال سماك: الرجل يبيع البيع فيقول: هو بنساء بكذا وكذا، وهو بنقد بكذا وكذا.

وورد النهي عن صفقتين في صفقة عند الإمام أحمد (٢٧٨٣)، وأبي داود (٣٤٦١)، والترمذي (١٢٣١)، والنسائي (٤٦٣٢)، وبعضها ورد بلفظ بيعتين في بيعة، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٠.

فإذا كان الكَفيلُ حاضِرًا في الْمَجلِس، والرَّهنُ مُعيَّنًا.. اعتبَرنا الْمَعنى، وهو الْمُلاءمةُ، فصَحَّحنا العقدَ، وإن لم يكن الرَّهنُ ولا الكَفيلُ مُعيَّنًا، أو كان الكَفيلُ غائبًا حتى افترَقا.. اعتبَرنا عَينَ الشَّرطِ، فيَفسُدُ؛ لأنه لم يَبقَ مَعنى الكَفالةِ والرَّهنِ؛ للجَهالة.

ولو كان غائبًا فحَضَر في الْمَجلِس، وقَبِل: صَحّ.

فإن أَبى الْمُشتَري أن يَرهَنَه ما سَمّى: لم يُجبَر عليه.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُجبَرُ؛ لأنه ثَبَت في ضِمن عقدٍ لازِمٍ، فيَصيرُ الوَفاءُ به مُستحَقًّا، كالعَدل في الرَّهن إذا سُلِّط على البَيع كان مُجبَرًا عليه، ولا يَملِكُ الرّاهنُ عزْلَه عنه.

ولنا: أن عقدَ الرَّهنِ تَبرُّعٌ من جانِب الرّاهنِ، كما مَرّ، ولا جبرَ على التَّبرُّع، وإنما صار حقًّا من حُقوقه إذا وُجِد، ولم يُوجَد بعدُ، والوعدُ بالرَّهن لا يَكونُ فوقَ الرَّهنِ، ولو رَهَنه لا يَلزَمُ ما لم يُسلِّم، فلأَن لا يَصيرَ لازِمًا بالوَعد أَولى.

ولكن إن أَبى الْمُشتَري أن يَرهَنَه فللبائِع أن يَفسَخَ العقدُ؛ لأن رِضاه بالبَيع كان بهذا الشَّرطِ، فبدُونه لا يَكونُ راضِيًا، وإذا لم يَتِمَّ رِضاه كان له أن يَفسَخَ أو يَرضى بتَرك الرَّهنِ، إلا أن يَدفَعَ الْمُشتَري الثَّمَنَ حالًّا، أو يَدفَعَ قِيمةَ الرَّهنِ رهنًا؛ لحُصول الْمَقصودِ؛ إذ يدُ الاستِيفاءِ إنما تَثبُتُ على الْمَعنى، وهو القِيمةُ؛ لأن الصُّورةَ أمانةٌ.

(أمسِكْه حتى أُعطِيَك الثَّمَنَ): رهنٌ(س ز).

ومن اشتَرى شيئًا بدَراهِمَ، فقال الْمُشتَري للبائِع: (أمسِك هذا الثَّوبَ حتى أُعطيَك الثَّمَنَ): فالثَّوبُ رهنٌ؛ لأن هذا كَلامٌ يُؤدِّي معنَى الرَّهنِ، وهو الحبسُ الدّائمُ إلى وَقت الفَكاكِ، والعِبرةُ في العُقود للمَعاني؛ فإن من قال لرَجُلٍ: (مَلَّكتُك عَبدي هذا بألف دِرهَمٍ) يَكونُ بيعًا، والكَفالةُ بشَرط بَراءةِ الأصيلِ حَوالةٌ، والحَوالةُ بشَرط مُطالَبةِ

الأصيلِ كَفالةٌ.

وعندَ[1] أبي يوسف وزفرَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا تكونُ رهنًا، بل تكونُ وَديعةً؛ لأن قولَه: (أمسِكه) يَحتمِلُ الرَّهنَ ويَحتمِلُ الإيداعَ، والإيداعُ أَقَلُّ الأمرَين، فيَثبُتُ، بخِلاف ما لو قال: (أمسِكه بما لَك) أو (أمسِكه بدَينك)؛ حيث يَكونُ رهنًا بالإجماع؛ لتَعيُّن جِهةِ الرَّهنِ حيث قابَله بالدَّين.

قُلنا: متى مَدَّه إلى غاية الإعطاءِ فقد تَعيَّن جِهةُ الرَّهنِ أيضًا، حيث أَتى بحُكم الرَّهنِ.

---

(١) في (ز): وعن.

فصل

[في تعدُّدِ الرَّهْنِ والمُرتَهِنِ والرَّاهِنِ]

رَهَن عَبدَين بألفٍ: لا يَأخُذُ أحَدَهما بقَضاء حظِّه، كالبَيع، ولو سَمّى لكلٍّ شيئًا: أخَذ. وصحَّ لو قَبِل في أحَدهما، أو رَهَن عَينًا عندَ رَجُلَين، والْمَضمونُ على كلٍّ حظُّ دَينِه، فإن قَضى دَينَ أحَدِهما: فالكلُّ رهنٌ عندَ الآخَرِ.

ومن رَهَن عَبدَين بألفٍ، فقَضى حِصّةَ أحَدِهما: لم يكن له أن يَأخُذَه حتى يُؤدِّيَ باقيَ الدَّينِ، كالبَيع، وحِصّةُ كلِّ واحِدٍ ما يخُصُّه إذا قُسِم الدَّينُ على قِيمتهما(١).

بَيانُه: إذا رَهَن عَبدَين قِيمةُ كلِّ واحِدٍ منهما ألفٌ بألفٍ، ثم أدّى خمسَمِائةٍ عن أحَدهما: فليس له قبضُه؛ لأن الصَّفْقةَ مُتَّحِدةٌ، وقصدُ الْمُرتهِنِ إضجارُ الرّاهنِ ليَتسارَعَ إلى قَضاء الدَّينِ، فلو تَفرَّد الرّاهنُ بالتَّفريق بأَخذ ما يَحتاجُ إليه يَتكاسَلُ في قَضاء الباقِي، فلا يَحصُلُ الْمَقصودُ، ولهذا إذا نَقَد الْمُشتَري بعضَ الثَّمَنِ، وأَراد أن يَأخُذَ بعضَ الْمَبيعِ: لا يَملِكُ ذلك، فكذا هنا.

والجامِعُ: أن كلَّ واحِدٍ من الْمَبيع والْمَرهونِ مَحبوسٌ بكلِّ الدَّينِ والثَّمَنِ، فيَكونُ مَحبوسًا بكلِّ جُزءٍ من أجزائهما؛ ليَكونَ حامِلًا له على قَضائهما.

فإن سَمّى لكلِّ واحِدٍ شيئًا من المال الذي رَهَنه به، بأن قال: (رَهَنتُك هذين العَبدَين كلَّ واحِدٍ منهما بخَمسِمِائةٍ)، وسَلَّمهما إليه، ثم نَقَد خمسَمِائةٍ وقال: (أدَّيتُ عن هذا

---

(١) في (أ) و(ز): قيمتيهما. وانظر «الهداية» ٤/ ٤٢٤.

العبدِ)، وأَراد أن يَأخُذَ ذلك العبدَ: له أن يَقبِضَه في رِواية «الزِّياداتِ».

وفي رِواية «الأصلِ»: لم يكن له ذلك؛ لأن الصَّفْقةَ مُتَّحِدةٌ؛ لاتِّحاد الْمُوجِبِ والقابِلِ، وعندَ اتِّحادِهما لا تَتفرَّقُ الصَّفْقةُ بتفريق التَّسميةِ، كما في البيع.

وجهُ رِوايةِ «الزِّياداتِ» -وهو الأصحُّ-: أن البيعَ لا يَتفرَّقُ بتفريق التَّسميةِ عندَ اتِّحادِ العاقِدَين، والرَّهنَ يَتفرَّقُ، ولهذا لو قَبِل الْمُشتَري البيعَ في أحَدِهما دونَ الآخرِ لا يَصِحُّ، ولو قَبِل الْمُرتهنُ العقدَ في أحَدِهما عندَ تَفريقِ التَّسميةِ صَحّ.

وإنما افترَقا: لأن ضمَّ الرَّديءِ إلى الجيِّد مُتعارَفٌ في البَيع غيرُ مُتعارَفٍ في الرَّهن، فلو تفرَّق البيعُ بتَفريق التَّسميةِ كان للمُشتَري أن يَقبَلَ في أحَدِهما، فيَقبَلَ الجيِّدَ، فيَتضرَّرَ به البائعُ، ولو تَفرَّق الرَّهنُ بتفريق التَّسميةِ لا يَتضرَّرُ به الرّاهنُ.

ولأن في البَيع إذا جُمِع بينَهما لو تَفرَّقت الصَّفْقةُ تَصيرُ الثّانيةُ شرطًا في الأوَّل، وهو شرطٌ فاسِدٌ، والبيعُ يَفسُدُ به، أما الرَّهنُ: فلا يَفسُدُ بالشَّرط الفاسِدِ؛ لأنه تبرُّعٌ، كالهِبة.

فإن رَهَن عَينًا واحِدةً عندَ رَجُلَين بدَينٍ لكلِّ واحِدٍ منهما عليه: جاز، سَواءٌ كانا شَريكَين فيه أوْ لا، وجَميعُها رهنٌ عندَ كلِّ واحِدٍ منهما؛ لأن الرَّهنَ أُضِيف إلى كلِّ العَينِ في صَفْقةٍ واحِدةٍ، ولا شُيوعَ في المحَلِّ باعتِبار تَعدُّدِ الْمُستحِقِّ[1]، ومُوجَبُه صَيرورتُه مَحبوسًا بالدَّين، وهذا مما لا يَقبَلُ الوصفَ بالتَّجزِّي، فصار مَحبوسًا بدَين كلِّ واحِدٍ منهما، وكان استِحقاقُ الحبسِ لهما استِحقاقًا واحِدًا من غَير انقِسامٍ بينَهما.

بخِلاف الهِبةِ من اثنَين عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ فإن هناك لا بُدَّ من انقِسام الحُكمِ -وهو الْمِلكُ- بينَهما؛ إذ يَستحيلُ إثباتُه لكلِّ واحِدٍ منهما على الكَمال في محَلٍّ واحِدٍ، فدَخَل فيه الشُّيوعُ ضَرورةً.

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): المسمى.

وفيما نحن فيه لا حاجةَ إلى هذا؛ لأن العَينَ الواحِدةَ يَجوزُ[1] أن يَكونَ مَحبوسًا بحقِّ كلِّ واحِدٍ منهما على الكَمال؛ إذ لا تَضايُقَ في استِحقاق الحبسِ؛ ألا تَرى أن الرَّهنَ الواحِدَ لا يَنقسِمُ على أَجزاء الدَّينِ، بل يَكونُ مَحبوسًا كلُّه بكلِّه وبكلِّ جُزءٍ منه، فكذا هنا يَكونُ العَينُ مَحبوسًا بحقِّهما وبحقِّ كلِّ واحِدٍ منهما، فلا يَدخُلُ فيه الشُّيوعُ.

فإن تَهايَآ: صار كلُّ واحِدٍ منهما في نَوبته كالعَدْل في حقِّ الآخرِ، والْمَضمونُ على كلِّ واحِدٍ منهما حِصّتُه؛ لأنه إذا هَلَك صار كلُّ واحِدٍ منهما مُستوفيًا بقَدْر حقِّه؛ لأن الاستِيفاءَ مما يَقبَلُ الوصفَ بالتَّجزِّي.

فإن قَضى الرّاهنُ دَينَ أحَدِهما فالكلُّ رهنٌ عندَ الآخرِ؛ لِما مَرَّ أن جَميعَ العَينِ رهنٌ عندَ كلِّ واحِدٍ منهما من غَير تفرُّقٍ.

وعلى هذا: حبسُ الْمَبيعِ إذا اشتَرى رَجُلان من رَجُلٍ، فأدّى أحَدُهما حِصّتَه: لم يكن له أن يَقبِضَ شيئًا، وكان للبائع أن يَحبِسَ الجَميعَ حتى يَستوفيَ ما على الآخَر.

وإن رَهَن رَجُلان بدَينٍ عليهما رَجُلًا رهنًا واحِدًا: فهو جائزٌ، والرَّهنُ رهنٌ بكلِّ الدَّينِ، وللمُرتهِن أن يُمسِكَه حتى يَستوفيَ جَميعَ الدَّينِ؛ لأن قبْضَ الْمُرتهِنِ حَصَل في الكلِّ من غَير شُيوعٍ، وتَفرُّقُ أملاكِهما لا يُوجِبُ شُيوعًا في الرَّهن، فإنه يَجوزُ أن يَكونَ مِلكَ الغيرِ مَرهونًا بدَين الغيرِ، كما لو استَعار فرَهَن.

رَهَن ثَلاثةٌ عبدًا عندَ رَجُلٍ بدَينٍ له على كلٍّ: صحّ، وبمَوته: ذَهَب من دَين كلٍّ بالحِصّة منه، وتَراجَعوا فيما بينَهم، وبَطَل(ز) بَيِّنةُ كلٍّ منهما أنه رَهَنه ما في يَده وقَبضه، ولو مات راهِنُه: لا(س).

---

(١) في (أ): لا يجوز.

وإن رَهَن ثَلاثةٌ عبدًا عندَ رَجُلٍ بدَينٍ له على كلِّ واحِدٍ منهم: صَحّ، فإن مات ذَهَب من دَين كلِّ واحِدٍ منهم بالحِصّة[1] من العَبد، وتَراجَعوا فيما بينَهم..

حتى لو كان له على رَجُلٍ ألفٌ وخمسُمائةٍ، وعلى آخرَ ألفٌ، وعلى آخرَ خمسُمائةٍ، فرَهَنوه عبدًا بينَهم أثلاثًا قِيمتُه ألفانِ فهَلَك: صار مُستوفيًا من كلِّ واحِدٍ ثُلُثَي ما عليه.

لأن الْمَرهونَ مَضمونٌ بأقَلَّ من قِيمته ومن الدَّين، والرَّهنُ[2] هنا أقَلُّ؛ لأن الدَّينَ ثَلاثةُ آلافٍ، وقِيمةُ العبدِ ألفان، فيَصيرُ مُستوفيًا من الدَّين بقَدْر قِيمةِ العبدِ، وهي ألفان، وألفان من ثَلاثة آلافٍ قَدْرُ ثُلُثَيها، فيَصيرُ مُستوفيًا من صاحِب ألفٍ وخمسِمائةٍ ألفَ دِرهَمٍ، ومن صاحِب الألفِ سِتَّمائةٍ وسِتّةً وسِتِّين وثُلُثَين، ومن صاحِب الخَمسِمائةٍ ثَلاثَمائةٍ وَثلاثةً وثَلاثين وثُلُثًا، ويَبقى على كلِّ واحِدٍ ثُلُثُ دَينِه.

ثم الذي عليه ألفٌ وخمسُمِائةٍ يَضمَنُ لكلِّ واحِدٍ من صاحِبَيه ثَلاثَمائةٍ وثَلاثةً وثَلاثين وثُلُثًا؛ لأنه صار قاضِيًا من دَينه ألفًا ثُلُثُه من نَصيبه، وذلك ثَلاثُمائةٍ وثَلاثةٌ وثَلاثون وثُلُثٌ، وثُلُثُه مِن نَصيب مَن عليه ألفٌ، وثُلُثُه من نَصيب من عليه خمسُمِائةٍ، فيَضمَنُ لهما مِقدارَ ما قَضى من دَينه من نَصيبهما.

والذي عليه ألفٌ يَضمَنُ لكلِّ واحِدٍ من صاحِبيه مِائتَين واثنَين وعِشرين دِرهَمًا وتُسْعَي دِرهَمٍ؛ لأنه صار قاضِيًا من دَينه سِتَّمائةٍ وسِتّةً وسِتِّين وثُلُثَين، ثُلُثُها من نَصيبه، وذلك مِائتان واثنان وعِشرون وتُسْعان، وثُلُثُها من نَصيب من عليه ألفٌ وخمسُمِائةٍ، وثُلُثُها من نَصيب من عليه خمسُمائةٍ، فيَضمَنُ لصاحِبيه مِقدارَ ما قَضى من دَينه من نَصيبهما.

---

(١) في (ز): ما يخصه.

(٢) في (ب) و(د): والدين.

والذي عليه خمسُمِائةٍ صار قاضِيًا من دَينه ثَلاثَمائةٍ وثَلاثةً وثلاثين وثُلثًا، ثُلثُه من نَصيبه، وذلك مِائةٌ وأحدَ عشَرَ وتُسْعٌ، وثُلُثُه من نَصيب من عليه ألفٌ، وثُلُثُه من نَصيب من عليه ألفٌ وخمسُمِائةٍ، فيَضمَنُ لصاحِبَيه مِقدارَ ما قَضى من نَصيبِهما.

ثم تَقَعُ الْمُقاصّةُ بينَهم تَقاصُّوا أو لم يَتقاصُّوا؛ لاتِّحاد الجِنسِ، فمن عليه خمسُمِائةٍ استَوجَب على من عليه ألفٌ وخمسُمِائةٍ ثَلاثَمائةٍ وثَلاثةً وثَلاثين وثُلُثًا، وهو قد استَوجَب عليه مِائةً وأحدَ عشَرَ وتُسْعًا، فتَقَعُ الْمُقاصّةُ بهذا القَدْرِ، ويَرجِعُ من عليه خمسُمِائةٍ عليه(١) بما بَقِي، وهو مِائتان واثنان وعِشرون وتُسْعانِ.

وكذا من عليه خمسُمِائةٍ استوجَب على مَن عليه ألفٌ مِائتَين(٢) واثنَين وعِشرين وتُسْعَين، وهو قد استَوجَب الرُّجوعَ عليه بمِائةٍ وأحدَ عشَرَ وتُسعٍ، فتَقَعُ الْمُقاصّةُ بهذا القَدْرِ، ويَرجِعُ عليه بما بَقِي، وهو مِائةٌ وأحدَ عشَرَ وتُسْعٌ.

وكذا من عليه ألفٌ استَوجَب الرُّجوعَ على من عليه ألفٌ وخمسُمِائةٍ بثَلاثِمائةٍ وثَلاثةٍ وثَلاثين وثُلُثٍ، وهو استَوجَب الرُّجوعَ عليه بمِائتَين واثنَين وعِشرين وتُسْعَين، فتَقَعُ الْمُقاصّةُ بهذا القَدْرِ، ويَرجِعُ عليه بالفَضل، وهو مِائةٌ وأحدَ عشَرَ وتُسْعٌ.

رَجُلٌ في يَده عبدٌ، ادَّعاه رَجُلان، كلُّ واحِدٍ منهما يقولُ لذي اليدِ: (قد رَهَنتَني بألف دِرهَمٍ، وقَبَضتُه منك)، وأقاما البَيِّنَةَ على ما ادَّعيا: ففي القِياس: لا يُقضى لواحِدٍ منهما بشيءٍ؛ لأنه لا يَخلو إما أن يُقضى برهنٍ واحِدٍ منهما جَميعًا، أو يُقضى لكلِّ واحِدٍ منهما برهنٍ على حِدَةٍ، أو يُقضى لأحَدهما بعَينِه.

لا وجهَ إلى الأوَّل؛ لأنهما لم يَدَّعيا هكذا؛ إذ كلُّ واحِدٍ منهما يَدَّعي رهنًا على الانفِراد.

---

(١) في (ب): (على من عليه ألف وخمسمائة) بدل (عليه).

(٢) في (ب): ومائتين.

ولا وجهَ إلى الثّاني؛ لأنه لا يَخلو إما أن يُقضى لكلِّ واحِدٍ منهما بكلِّه، أو لكلِّ واحِدٍ منهما بِنصفه، لا يَجوزُ الأوّلُ؛ لاستِحالة أن يَكونَ العبدُ الواحِدُ كلُّه رهنًا لهذا، وكلُّه رهنًا لذلك في حالةٍ واحِدةٍ، ولا الثّاني؛ لأنه يُؤدِّي إلى الشُّيوع.

ولا وجهَ إلى الثّالِث؛ لعَدَم الأولَويّةِ، فتَعيَّن التَّهاتُرُ.

وليس هذا كالرَّهن من رَجُلَين؛ لأن هناك العقدَ من جانِب الرّاهنِ واحِدٌ، وههنا كلُّ واحِدٍ يُثبِتُ ببيِّنته عقدًا آخرَ، والرَّهنُ من رَجُلَين بعَقدَين مُختلِفَين أو بتَسميتَين مُتفرِّقتَين: لا يَجوزُ.

وفي **الاستِحسان**: يُقضى بينَهما رهنًا واحِدًا كأنهما ارتَهناه معًا؛ لأنه متى جُهِل التّاريخُ صار كأنهما وَقَعا في حالةٍ واحِدةٍ، فصار كأنه رَهَنه منهما، كما لو ادَّعيا تلقِّيَ الْمِلكَ شِراءً من رَجُلٍ[1]، وأَقاما البيِّنةَ، فإنه يُجعَلُ في الحُكم كأنه باع منهما جُملةً حتى يُقضى بينَهما نِصفَين.

والْمَأخوذُ هو القِياسُ؛ لقُوّته، كما بيَّنّا، وضَعفُ وجهِ الاستِحسانِ؛ لأن ذلك عمَلٌ على خِلاف ما قامت به[2] البيِّنةُ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما أثبَت لنَفسه حبسًا هو طَريقٌ إلى مِثله من الاستيفاء، ولو جَعَلناه كالرَّهن من اثنَين لقَضَينا لكلِّ واحِدٍ منهما بحبسٍ هو[3] طَريقٌ إلى شَطره من الاستيفاء، والحُكمُ بخِلاف الحُجّةِ باطِلٌ، وإذا وَقَع باطِلًا فلو هَلَك يَهلِكُ أمانةً؛ لأن الباطِلَ لا حُكمَ له.

ولو مات الرّاهنُ والعبدُ في أيدِيهما، وأَقام كلُّ واحِدٍ منهما البيِّنةَ على ما وَصَفنا: فهو باطِلٌ في القِياس، وهو قولُ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ.

---

(١) في (ب) و(د): رجلين.

(٢) في (ج): عليه.

(٣) في (ب) و(د): وهو.

وفي الاستِحسان: يُقضى لكلِّ واحِدٍ منهما بنِصفه رهنًا يَبيعُه بحقِّه[1]، وهو قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وجهُ القِياسِ: أن الحبسَ للاستِيفاء حُكمٌ مَقصودٌ بعَقد الرَّهنِ، فيَكونُ القَضاءُ به قَضاءً بعَقد الرَّهنِ لا مَحالةَ، والقَضاءُ بعَقد الرَّهنِ على سَبيل الشُّيوعِ باطِلٌ، فكذا القَضاءُ بحُكمه.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الْمَقصودَ بعدَ موتِ الرّاهنِ إثباتُ الاختِصاصِ، وهو كونُه أحقَّ به من سائِر الغُرَماءِ دونَ الحبسِ، وكلُّ واحِدٍ منهما يُثبِتُ لنَفسه الاختِصاصَ بالعَين، حتى يُباعُ له في دَينه، وهذا مما يَحتمِلُ الشِّرْكةَ، فيُقضى لكلِّ واحِدٍ منهما بالنِّصف.

فأما في حال الحَياةِ: فالْمَقصودُ هو الحبسُ، وذا مما لا يَحتمِلُ الشِّرْكةَ في العَين؛ إذ الشّائعُ لا يَدومُ حبسُه، وهو نَظيرُ ما لو ادَّعى رَجُلان نِكاحَ امرَأةٍ بعدَ موتِها، وأَقام كلُّ واحِدٍ منهما البيِّنةَ يُقضى لكلِّ واحِدٍ منهما بنِصف مِيراثِ الزَّوجِ، بخِلاف حالِ الحَياةِ.

وكذا لو ادَّعت أُختان نِكاحَ رَجُلٍ بعدَ موتِه، وأَقامتا البيِّنةَ: يُقضى لكلِّ واحِدةٍ منهما بالْمَهر، وبنِصف مِيراثِ النِّساءِ، بخِلاف حالِ الحَياةِ؛ لأن الْمِيراثَ هو الْمَقصودُ بعدَ الموتِ، وهو مالٌ يَحتمِلُ الشُّيوعَ والشِّرْكةَ، بخِلاف حالِ الحَياةِ؛ لأن الْمَقصودَ ثَمَّ الحِلُّ، وهو لا يَقبَلُ الاشتِراكَ.

---

(١) في (هـ): بحصته.

بَابُ الرَّهْنِ يُوضَعُ عَلَى يَدِ العَدْلِ

ولو وَضَعا الرَّهنَ في يَد عَدْلٍ: صحّ(ك).

ولو اتَّفَقا على وَضع الرَّهنِ على يَد العدلِ: صَحّ.

وقال ابنُ أبي لَيلى: لا يَصِحُّ؛ لأن العَدلَ نائِبٌ عن الرّاهِن لا عن الْمُرتهن، ولهذا لو لَحِقه ضَمانٌ، بأن هَلَك في يَده، ثم استَحقَّه رَجُلٌ: يَرجِعُ على الرّاهِن دونَ الْمُرتهِنِ، والرَّهنُ لا يَتِمُّ بقَبض الرّاهنِ وإن اتَّفَقا عليه، فكذا بقَبض العَدلِ.

وقولُ صاحِبِ «الهِدايةِ»: (وقال مالِكٌ: لا يَجوزُ؛ لأن يدَ العَدلِ يدُ المالِكِ، ولهذا يَرجِعُ[1] العَدلُ عليه عندَ الاستِحقاقِ، فانعَدَم القبضُ): مُشعِرٌ باشتِراط القبضِ عندَ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقد ذَكَر في أوَّل كِتابِ الرَّهنِ: (وقال مالِكٌ: يَلزَمُ بنَفس العقدِ)، وهو نصٌّ على عَدَم اشتِراطِه، فكأن له قَولَين[2] في اشتِراطه.

ولنا: أن قبضَ العَدلِ كقَبض الْمُرتهِنِ، فيَتِمُّ به الرَّهنُ؛ وهذا لأن اليدَ في باب الرَّهنِ على الصُّورة يدُ أمانةٍ، وعلى الْمَعنى مَضمونٌ، فكانت يدُه على الصُّورة يدَ المالِكِ في الحِفظ، وعلى الْمَعنى -وهو الماليّةُ- يدُ الْمُرتهِنِ؛ لأن يدَه يدُ ضَمانٍ، والْمَضمونُ هو الماليّةُ، فنزَل العَدلُ مَنزِلتَهما؛ تَحقيقًا لغَرَضهما.

(١) في (ب) و(د) و(هـ): لا يرجع. وانظر «الهداية» ٤/ ٤٢٦.

(٢) في (ب) و(هـ): فكان له قولان.

وإنما لا يَرجِعُ بالضَّمان على الْمُرتهِن عندَ الاستِحقاقِ: لأن الضَّمانَ لَحِقه بسَبَب العَينِ، وهو في حقِّ العَينِ نائِبٌ عن الرّاهِن، كالْمُودَع.

ولا يَأخُذُه أحَدُهما، ويَهلِكُ في ضَمان الْمُرتهِنِ.

وليس للمُرتهِن ولا للرّاهِن أن يَأخُذَه منه؛ لتَعلُّق حقِّهما جَميعًا به.

أما الرّاهنُ: فليَصيرَ مالُه مَحفوظًا بيَده، وأما الْمُرتهنُ: فلتَعلُّق[1] الاستيفاءِ به، فلا يَملِكُ أحَدُهما إبطالَ حقِّ الآخرِ، فلو هَلَك في يَده هَلَك في ضَمان الْمُرتهنِ؛ لأن يدَه في حقِّ الماليّةِ يدُ الْمُرتهنِ، والْمَضمونُ هو الماليّةُ.

ولو دَفَع العَدلُ إلى الرّاهِن أو إلى الْمُرتهِن: ضَمِن؛ لأنه مُودَعُ الرّاهِنِ في حقِّ العَينِ، ومُودَعُ الْمُرتهنِ في حقِّ الماليّةِ، وكلُّ واحِدٍ منهما أجنَبيٌّ عن الآخَر، والْمُودَعُ يَضمَنُ بالدَّفع إلى الأجنَبيّ.

وإذا ضَمِن العَدلُ قِيمةَ الرَّهنِ بعدَما دُفِع إلى أحَدِهما، وقد أتلَفه الْمَدفوعُ إليه أو تَلِف في يَده: لا يَقدِرُ العَدلُ أن يَجعَلَ القِيمةَ رهنًا في يَده؛ لأن القِيمةَ واجِبةٌ عليه، فلو جَعَلها رهنًا[2] يَصيرُ قاضِيًا ومُقتضيًا، وبينَهما تَضادٌّ، ولكن لهما أن يَأخُذاها منه، ويَجعَلاها رهنًا عندَه أو عندَ عدلٍ آخَرَ، وإن تَعذَّر اجتِماعُهما: رَفَع أحَدُهما الأمرَ إلى القاضِي ليَفعَلَ القاضِي ذلك، فإذا فَعَل ذلك، ثم قَضى الرّاهنُ دَينَ الْمُرتهِنِ، وقد ضَمِن العَدلُ القِيمةَ بالدَّفع إلى الرّاهِن: فالقِيمةُ سالِمةٌ للعَدل؛ لأنه وَصَل الرَّهنُ إلى الرّاهِن، والدَّينُ إلى الْمُرتهِن، فأخذُه القِيمةَ يُؤدِّي[3] إلى اجتِماع البدَلِ والْمُبدَلِ في مِلكه.

---

(١) في (ز): فليتعلق.

(٢) في نسخة على هامش (ج): عنده.

(٣) في (د): لا يؤدي.

وإن كان العَدلُ ضَمِنَ القِيمةَ بالدَّفع إلى الْمُرتَهِن أخَذ الرّاهنُ القِيمةَ منه؛ لأن الرَّهنَ لو كان قائِمًا في يَده يَأخُذُه منه إذا أدّى الدَّينَ، فكذا يَأخُذُ القِيمةَ التي بدَلُه، وليس فيه جمعٌ بينَ البدَلِ والْمُبدَلِ.

فإن وَكَّله، أو العدلَ، أو غيرَهما.. ببَيعه إن حَلَّ دَينُه: صحّ، ولو وَكَّل طِفلًا لا يَعقِلُ، فباعَه بعدَ بُلوغِه: لا(س م).

وإذا وَكَّل الرّاهنُ الْمُرتهنَ أو العَدلَ أو غيرَهما ببَيع الرَّهنِ إن حَلَّ دَينُه: صَحّ؛ لأنه وَكَّله ببَيع مالِه، فيَصِحُّ؛ وهذا لأن الرَّهنَ شُرِع وَثيقةً لجانِب الاستِيفاءِ، وبالتَّوكيل يَصيرُ جانِبُ الاستِيفاءِ أوثقَ، فكان بالجَواز أحقَّ.

نعم! فيه تَعليقُ الوَكالةِ بالشَّرط، لكنها إسقاطٌ، والإسقاطاتُ تَقبَلُ التَّعليقَ؛ وهذا لأنه كان مَمنوعًا عن التَّصرُّف في هذا العَينِ لحقِّ المالِكِ، فإذا وَكَّله فقد أسقَط حقَّه.

ولو وَكَّل ببَيعه صَغيرًا لا يَعقِلُ، فباعه بعدَ بُلوغِه: لا يَصِحُّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: يَصِحُّ؛ لأنه قَدَر عليه وقتَ الامتِثالِ[1].

له: أن أمْرَه وَقَع لغوًا؛ لعَدَم أهليّةِ الْمَأمورِ.

فإن شُرِطت في عَقد الرَّهنِ: لم يَنعزِل بعَزْله ومَوتِه، وباع إن غاب وارِثُه، ومَوتِ الْمُرتهِنِ، وتَبطُلُ بمَوت الوَكيلِ.

فإن شُرِطت الوَكالةُ في عَقد الرَّهنِ فليس للرّاهِن أن يَعزِلَ الوَكيلَ، وإن عَزَله لم يَنعزِل؛ لأنها لَمّا شُرِطت في عَقد الرَّهنِ صارت من أوصاف الرَّهنِ وحُقوقِه، فيَلزَمُ كأصله؛ لأن حُكمَ التَّبعِ لا يُفارِقُ حُكمَ الأصلِ، والرَّهنُ لازِمٌ، فكذا ما هو تبَعٌ له.

---

(١) في (د) و(هـ): الإمساك.

ولأنه تَعلَّق به حقُّ الْمُرتهنِ، وفي العَزل إبطالُ حقِّه، فيَكونُ إضرارًا به، فلا يَجوزُ، كالوَكيل بالخُصومة من الْمُدَّعى عليه بالتِماس الْمُدَّعي، فإنه إذا أَراد الْمُوكِّلُ عزْلَه بغَير مَحضَرٍ من الخَصم لم يَصِحَّ ذلك؛ دفعًا للضَّرر عنه؛ لأنه تَعلَّق به حقُّ الْمُدَّعي.

ولو وَكَّله بالبَيع مُطلَقًا حتى مَلَك البيعَ بالنَّقد والنَّسيئةِ، ثم نَهاه عن البَيع نَسيئةً: لا يَعمَلُ نهيُه؛ لأن التَّقييدَ إبطالٌ من وجهٍ، ولو أَراد إبطالَ الوَكالةِ بالعَزل لم يَملِك، فكذا لا يَملِكُ التَّقييدَ.

وكذا إذا عَزَله الْمُرتهنُ لا يَنعزِلُ؛ لأنه لم يُوكِّله، وإنما وَكَّله غيرُه.

وإن مات الرّاهنُ لم يَنعزِل؛ لأن الْمُرتهنَ أحقُّ بالرَّهن بعدَ[1] موتِ الرّاهنِ كما كان في حَياته، فكان للعَدل أن يَبيعَه لحقِّ الْمُرتهنِ، وللوَكيل أن يَبيعَه بعدَ موتِ الرّاهنِ بغَير مَحضَرٍ من وَرَثة الرّاهنِ كما يَبيعُه في حال حَياتِه بغَير مَحضَرٍ منه؛ لأنه لَمّا بَقِيت وَكالتُه بعدَ موتِه لم يُشترَط حَضرةُ وَرَثتِه ورِضاهم.

وإن مات الْمُرتهنُ فالوَكيلُ على وَكالته؛ لأن التَّوكيلَ متى صار لازِمًا تبَعًا للرَّهن لم يَنعزِل بمَوت الرّاهنِ، ولا بمَوت الْمُرتهنِ، ولا بمَوتهما، كما لا يَبطُلُ الرَّهنُ بمَوت أحَدِهما ولا بمَوتهما.

وإن مات الوَكيلُ انتَقَضت الوَكالةُ، ولا يَقومُ وارِثُه ولا وَصِيُّه مَقامَه؛ لأن الْمُوكِّلَ لم يَرضَ برَأي غيرِه، فلم يَقُم غيرُه مَقامَه، فلا بُدَّ من بُطلانها.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أن وَصِيَّ الوَكيلِ يَملِكُ بيعَه؛ لأن الوَكالةَ لازِمةٌ، فلا تَبطُلُ بمَوته، وإذا لم تَبطُل يَقومُ وَصِيُّه مَقامَه، كالْمُضارِب إذا مات بعدَما صار رأسُ المالِ عُروضًا، فإنه يَقومُ وَصِيُّه مَقامَه في بَيع العُروضِ؛ لأنها تَصيرُ لازِمةً بعدَما صار

(١) في (د): عند.

رأسُ المالِ أعيانًا.

قُلنا: الْمُضارِبُ له وِلايةُ التَّوكيلِ في حَياته، فجاز أن يَقومَ وصِيُّه مَقامَه بعدَ موتِه، كالأَب في مال الصَّغيرِ، والوَكيلُ ليس له حقُّ التَّوكيلِ في حَياته، فلا يَقومُ غيرُه مَقامَه بعدَ مَماتِه، والوَكالةُ حقٌّ على الوَكيل، فلا تُورَثُ عنه؛ لأن الوِراثةَ إنما تَجري فيما له لا فيما عليه، فوَجَب القولُ ببُطلانها.

بخِلاف الْمُضارَبةِ؛ لأنها حقٌّ للمُضارِب.

ولا يَبيعُ الْمُرتهِنُ أو الرّاهنُ إلا برِضا الآخَرِ.

وليس للمُرتهِن أن يَبيعَه إلا برِضا الرّاهِنِ، وليس للرّاهِن أن يَبيعَه إلا برِضا الْمُرتهِنِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما ذو حقٍّ؛ لِما مَرّ، فلا يَملِكُ الآخرُ إبطالَه بدُون رِضاه.

فإن حَلّ، وغاب راهِنُه: أُجبِر الوَكيلُ على بَيعه، كوَكيلٍ بالخُصومة غاب مُوكِّلُه: أُجبِر عليها.

فإن حَلَّ الأجَلُ وأَبى الوَكيلُ الذي في يَده الرَّهنُ أن يَبيعَه، والرّاهنُ غائِبٌ: يُجبَرُ الوَكيلُ على بَيعه؛ لِما مَرَّ من الوَجهَين في لُزومه.

وكَيفيّةُ الإجبارِ: أن يَحبِسَه القاضِي أيّامًا ليَبيعَ، فإن لَجَّ بعدَ الحبسِ أيّامًا فالقاضِي يَبيعُ عليه.

وهذا على أَصلهما ظاهِرٌ، وأما على أَصل أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فكذلك عندَ البعضِ؛ لأنه تَعيَّن جِهةُ البيعِ لقَضاء الدَّينِ هنا.

وقِيل: لا يَبيعُ، كما لا يَبيعُ مالَ الْمَديونِ عندَه لقَضاء الدَّينِ، ولا يَفسُدُ البيعُ بهذا الإجبارِ؛ لأنه إجبارٌ بحقٍّ، فصار كلا إجبارٍ.

وكذلك رَجُلان بينَهما خُصومةٌ، فوَكَّل الْمُدَّعى عليه رَجُلًا بخُصومته بطَلَب الْمُدَّعي، فغاب الْمُوكِّل، وأَبى الوَكيلُ أن يُخاصِمَه، فإنه يُجبرُ على الخُصومة؛ لأن الْمُدَّعيَ إنما خَلّى سَبيلَ الخصمِ اعتِمادًا على أن وَكيلَه يُخاصِمُه، فلا يَكونُ للوَكيل أن يَمتنِعَ منه ويُلحِقَ الضَّرَرَ بالْمُدَّعي؛ لأن فيه إبطالَ حقِّه.

بخِلاف الوَكيلِ بالبَيع؛ فإنه لا يُجبرُ لو امتَنَع عن البَيع؛ لأن الوَكيلَ بالبَيع إذا امتَنَع عن البَيع لا يَتضرَّرُ به الْمُوكِّلُ؛ لأنه يَتمكَّنُ من البَيع بنفسه، وأما العدلُ إذا امتَنَع عن البَيع: فيَتضرَّرُ به الْمُرتهنُ؛ لأنه لا يَتمكَّنُ من البَيع بنَفسه.

هذا إذا كان التَّسليطُ على البَيع مَشروطًا في عَقد الرَّهنِ، فإن كان بعدَ تَمامِ العقدِ.. ذَكَر شمسُ الأئمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن في ظاهِر الرِّوايةِ: لا يُجبرُ العَدلُ على البَيع؛ لأن رِضا الْمُرتهنِ بالرَّهن قد تَمَّ بدُونه، وهو تَوكيلٌ مُستأنَفٌ ليس في ضِمن عقدٍ لازِمٍ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن التَّوكيلَ على البَيع بعدَ الرَّهنِ يَلتحِقُ بأَصل العقدِ، ويَصيرُ كالْمَشروط فيه.

قال شيخُ الإسلامِ خَواهَرْ زادَه وفخرُ الإسلامِ البَزدَويُّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: هذه الرِّوايةُ أصحُّ؛ لأن محمدًا رَحِمَهُ ٱللَّهُ أطلَق الجَوابَ في «الجامِع الصَّغيرِ»، وفي «الأَصل» لم يَفصِل بينَ أن يَكونَ البيعُ مَشروطًا في عَقد الرَّهنِ أو غيرَ مَشروطٍ، فظاهِرُ ما أطلَق يَدُلُّ على أنه يُجبرُ على بَيعه في الحالَين.

ولأن[1] العِلّةَ الأُولى إن لم تُوجَد فالثّانيةُ قد وُجِدت، وجاز أن يَكونَ مَعلولًا بكلِّ واحِدةٍ من العِلّتَين.

وإذا باع العَدلُ الرَّهنَ فقد خَرَج من الرَّهن؛ لأنه صار مِلكًا للمُشتَري، وصار الثَّمنُ

(١) في (ب) و(د): لأن.

هو الرَّهنَ، وإن كان غيرَ مَقبوضٍ؛ لِقيامه مَقامَ ما كان مَقبوضًا.

وإذا تَوِي كان من مال الْمُرتهن؛ لأن بَقاءَ عقدِ الرَّهنِ في الثَّمَن[1]: لكَونه قائمًا مَقامَ الْمَبيعِ، ثم الْمَرهونُ لو هَلَكَ يَسقُطُ الدَّينُ، كذا هنا.

وكذا إذا قُتِل العبدُ الرَّهنُ وغَرِم القاتِلُ قِيمتَه؛ لأن الواجِبَ في نَفسه وإن كان بدَلًا عن الدَّم، حتى لا يُزادُ على دِيَة الحُرِّ، ولكن المالِكُ إنما استَحقَّه بسَبَب الماليّةِ، فأخَذ حُكمَ ضَمانِ المالِ في حقِّ الْمُستحِقِّ، فيَبقى عقدُ الرَّهنِ.

وكذا لو قَتَله عبدٌ فدُفِع به؛ لأنه قام مَقامَ الأوَّلِ لحمًا ودمًا.

فإن باعَه العَدْلُ، وأَوفى مُرتهِنَه ثَمَنَه، فاستُحِقَّ الرَّهنُ، وضَمِن العَدْلُ: ضَمَّن راهِنَه قِيمتَه، أو مُرتهِنَه ثَمَنَه.

وإن باع العَدلُ الرَّهنَ وأَوفى الْمُرتهنُ الثَّمَنَ، ثم استُحِقَّ الرَّهنُ، فضَمِن العَدلُ قِيمةَ الرَّهنِ: فهو بالخِيار، إن شاء ضَمَّن الرّاهنَ قِيمتَه، وإن شاء ضَمَّن الْمُرتهنَ الثَّمَنَ الذي أعطاه، وليس له أن يُضمِّنَ غيرَه.

وحاصِلُه: أن الْمَرهونَ الْمَبيعَ إذا استُحِقَّ.. فإن كان هالِكًا: فالْمُستحِقُّ بالخِيار، إن شاء ضَمَّن الرّاهنَ قِيمتَه؛ لأنه غاصِبٌ في حقِّه بالأخذ، وإن شاء ضَمَّن العَدلَ؛ لأنه بالبَيع والتَّسليمِ والأخذِ صار غاصِبًا، فيَضمَنُ قِيمتَه إذا عَجَز عن تَسليم عَينِه.

فإن ضَمَّن الرّاهنَ نَفَذ البيعُ والرَّهنُ والقَضاءُ؛ لأنه مَلَكه بأداء الضَّمانِ، فظَهَر أنه أمَره ببَيع مِلكِ نفسِه.

---

(١) كذا في (ج) وحاشية مصححة في (أ)، وفي الباقي: الدين. وانظر «التبيين» ٦/ ٨٢، و«تتمة البحر» ٨/ ٢٩٦.

وإن ضَمَّن العَدلَ فالعَدلُ بالخِيار:

إن شاء رَجَع على الرّاهِن بالقِيمة؛ لأنه وَكيلُه، فيَرجِعُ عليه بما لَحِقه من العُهدة، ونَفَذ البيعُ، وصَحَّ الاقتِضاءُ، أي استيفاءُ الْمُرتهِنِ الثَّمَنَ بدَينه، فلا يَرجِعُ الْمُرتهنُ عليه بشيءٍ من دَينه.

وإن شاء العَدلُ رَجَع على الْمُرتهِن بالثَّمَن؛ لأنه لَمّا استُحِقَّ ظَهَر أن الْمُرتهنَ أخذ الثَّمَنَ بغير حقٍّ، وقد مَلَك العَدلُ العبدَ حينَ ضَمِن قِيمتَه، ونَفَذ بيعُه عليه، فصار الثَّمَنُ له، وإنما دَفَعه إليه على ظَنِّ أنه مِلكُ الرّاهنِ، فإذا تَبيَّن أنه مِلكُه لم يكن راضِيًا به، فله أن يَرجِعَ به عليه، وإذا رَجَع بَطَل الاقتِضاءُ، فيَرجِعُ الْمُرتهنُ على الرّاهِن بدَينه.

هذا إذا كان هالِكًا، فإن كان قائِمًا في يَد الْمُشتَري: فللمُستحِقِّ أن يَأخُذَه منه؛ لأنه وَجَد عَينَ مالِه، ومن وَجَد عَينَ مالِه فهو أحقُّ به.

ثم للمُشتَري أن يَرجِعَ على العَدل بالثَّمَن؛ لأنه العاقِدُ، وحُقوقُ العقدِ تَتعلَّقُ بالعاقِد، وهذا من حُقوق البيعِ؛ لأنه وَجَب به، وإنما أدّاه لغَرَضٍ، وهو أن يَسلَمَ له الْمَبيعُ، فإذا لم يَسلَم يَرجِعُ عليه.

ثم العَدلُ إن شاء رَجَع على الرّاهِن بالثَّمَن؛ لأن هذه عُهدةٌ لَحِقته في عقدٍ باشَره بوَكالته، فيَجِبُ عليه تَخليصُه، وإذا رَجَع عليه تَقرَّر قبضُ الْمُرتهِن، وسَلِم الْمَقبوضُ له، وإن شاء رَجَع على الْمُرتهِن؛ لأنه لَمّا انتقَض العقدُ بَطَل الثَّمَنُ، وإنما أدّاه إليه على ظَنِّ أنه ثمَنٌ مَملوكٌ للرّاهِن، فإذا لم يَبقَ ثمَنًا يَجِبُ نقضُ قبضِ الْمُرتهِنِ ضَرورةً، وإذا رَجَع عليه وانتَقَض قبضُه عاد حقُّه في الدَّين على الرّاهِن كما كان، فيَرجِعُ به على الرّاهِن.

ولو لم يُسلِّم الثَّمَنَ إلى الْمُرتهِن لم يَرجِع عليه؛ لأنه في البَيع عامِلٌ للرّاهِن، وإنما يَرجِعُ عليه إذا قَبَض، فإذا لم يَقبِض بَقِي الضَّمانُ على الْمُوكِّل.

وذَكَر في «الهِداية»: (ولو أن الْمُشتريَ سَلَّم الثَّمَنَ إلى الْمُرتهِن لم يَرجِع على العَدل؛ لأنه في البَيع عامِلٌ للرّاهِن[1]، وإنما يَرجِعُ عليه إذا قَبَض، ولم يَقبِض، فبَقِي الضَّمانُ[2] على الْمُوكِّل).

والْمُرادُ بالْمُوكِّل: الْمُرتهِنُ، وسَمّاه مُوكِّلًا: لأن البيعَ وَقَع لأَجله، وبالضَّمان: الثَّمَنُ، أو بالْمُوكِّل: الرّاهنُ، وبالضَّمان: الدَّينُ.

ولو كان التَّوكيلُ بالبَيع بعدَ عقدِ الرَّهنِ، ولم يُشرَط في العَقد: فهو وَكيلٌ للرّاهِن، وما لَحِق العَدلَ من العُهدة يَرجِعُ به على الرّاهِن، قَبَض الْمُرتهِنُ الثَّمَنَ أم لا؛ لأن التَّوكيلَ إذا كان بعدَ العقدِ لم يَتعلَّق به حقُّ الْمُرتهِنِ، فلا يَرجِعُ عليه، كما في الوَكالة الْمُفرَدةِ عن الرَّهن، بأن وَكَّل إنسانًا أن يَبيعَ شيئًا ويَقضيَ دَينَه من ثَمَنه، ففَعَل، ثم لَحِقه عُهدةٌ: لم يَرجِع به على القابِض.

بخِلاف الوَكالةِ الْمَشروطةِ في العَقد؛ لأنه تَعلَّق بها حقُّ الْمُرتهِنِ، فكان البيعُ واقِعًا لحقِّه، وقد سَلِم له ذلك، فجاز أن يَلزَمَه الضَّمانُ.

وهذا يُؤيِّدُ قولَ من لا يَرى جبرَ هذا الوَكيلِ على البَيع.

وإن مات الرَّهنُ عندَ مُرتهِنِه، فاستُحِقّ، وضَمَّن راهِنَه قِيمتَه: مات بالدَّين، وإن ضَمَّن مُرتهِنَه: رَجَع بقِيمته ودَينِه.

وإن مات العبدُ الْمَرهونُ في يَد الْمُرتهِنِ، ثم استَحقَّه رَجُلٌ: فللمُستحِقِّ الخِيارُ، إن شاء ضَمَّن الرّاهنَ، وإن شاء ضَمَّن الْمُرتهنَ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما غاصِبٌ في حقِّه لَمّا ظَهَر الاستِحقاقُ بالبيِّنة.

---

(١) في (ب) و(هـ): عن الراهن.

(٢) في (ز): فبقي قبض الضمان.

فإن ضَمَّن الرّاهنَ قِيمتَه: فقد مات العبدُ بالدَّين؛ لأنه مَلَكه بالضَّمان من وَقت وُجوبِ الضَّمانِ، وهو الغصبُ، وغصبُه كان قبلَ الرَّهنِ، فإذا مَلَكه من يومَئذٍ صَحَّ الرَّهنُ؛ لأنه ظَهر أنه رَهَن مِلكَ نفسِه، فصار الْمُرتهنُ مُستوفيًا دَينَه بهلاك الرَّهنِ.

وإن ضَمَّن الْمُرتهنَ قِيمتَه: يَرجِعُ الْمُرتهنُ على الرّاهِن بقِيمة الرَّهنِ؛ لأنه مَغرورٌ من جِهَته، فإنه رَهَنه على أنه مِلكُه، وفي قَبض الْمُرتهنِ مَنفعةٌ للرّاهِن من وجهٍ؛ لأنه يَستفيدُ به بَراءةَ الذِّمّةِ عندَ هَلاكِ الرَّهنِ، والْمَغرورُ يَرجِعُ على الغارِّ بما لَحِقه من الضَّمان، كما يَرجِعُ الْمُستأجِرُ على الْمُؤْجِر، والْمُودَعُ على الْمُودِع، ويَرجِعُ بالدَّين عليه؛ لأنه انتَقَض اقتِضاؤُه، فعاد حقُّه كما كان.

قال أبو خازمٍ[1]: هذا غلَطٌ؛ لأنه لَمّا رَجَع بضَمان القِيمةِ على الرّاهِن استَقرَّ الضَّمانُ عليه، والْمِلكُ في الْمَضمون يَقَعُ لمن يَستقِرُّ عليه الضَّمانُ، فإذا استَقرَّ الْمِلكُ للرّاهِن تَبيَّن أنه رَهَن مِلكَ نفسِه، فصار كما لو ضَمَّن الْمُستحِقُّ الرّاهنَ ابتِداءً.

والجَوابُ عنه: أن الْمُرتهنَ يَرجِعُ بالضَّمان على الرّاهِن بسَبَب الغُرورِ، والغُرورُ إنما يَحصُلُ بالتَّسليم إلى الْمُرتهِن، فإنما يَملِكُ العَينَ من هذا الوقتِ، وعقدُ الرَّهنِ سابِقٌ عليه، فلا يَكونُ راهِنًا مِلكَ نفسِه.

فأما الْمُستحِقُّ: فإنما يُضمِّنُ الرّاهنَ باعتِبار قبضِه السّابقِ لا بتَسليمه، فيَملِكُه من ذلك الوقتِ، وعقدُ الرَّهنِ كان بعدَه.

ولأن الرّاهنَ إنما يَتلقّى الْمِلكَ في الرَّهن من جِهة الْمُرتهِن، فالْمُرتهنُ يَملِكُه أوّلًا ثم يَنتقِلُ إليه، كما في الوَكيل بالشِّراء، كأنه اشتَراه من الْمُستحِقّ ثم باع من الرّاهِن؛ وهذا لأن الْمُرتهِنَ غاصِبٌ في حقِّ الْمُستحِقِّ، فإذا ضَمِن تَملَّك الْمَضمونَ ضَرورةً، ولكن لَمّا

---

(١) في سوى (ج): أبو حازم.

كان قَرارُ الضَّمانِ على الرّاهِن يَنتقِلُ إليه من جِهة الْمُرتهنِ، والْمُرتهنُ يَملِكُه من وَقت القبضِ؛ لأنه بالقَبض صار غاصِبًا، فيَملِكُه الرّاهنُ بعدَه من جِهته، فيَكونُ مِلكُ الرّاهنِ مُتأخِّرًا عن عَقد الرَّهنِ، واللهُ أعلمُ.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة